

LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

et le Décret-Loi du 18 Novembre 1939

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 10 mars 1942, à 14 heures

PAR

Jean BORNECQUE

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. HUGUENEY, Professeur

Suffragants : MM. DONNEDIEU DE VABRES, Professeur
ESMEIN, Professeur

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR

289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1942

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

et le Décret-Loi du 18 Novembre 1939

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 10 mars 1942, à 14 heures

PAR

Jean BORNECQUE

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. HUGUENEY, Professeur

Suffragants : MM. DONNEDIEU DE VABRES, Professeur
ESMEIN, Professeur

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR

289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1942

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

1. — « La détention préventive consiste à enfermer l'inculpé en prison pendant tout ou partie de l'instruction préparatoire et même, celle-ci terminée, jusqu'au moment où le procès a fait l'objet d'une décision définitive » (Garraud et Laborde Lacoste, p. 505). L'inculpé est donc mis en prison alors que toutes les preuves ne sont pas encore réunies, que l'instruction n'est pas encore close. L'intérêt de la collectivité se trouve, en cette matière, en opposition formelle avec celui de l'individu et le droit à la liberté que possède tout citoyen succombe devant le droit de la société.

2. — Quelques données statistiques permettront de mettre en lumière toute la gravité du problème. Nous avons pensé qu'il serait plus intéressant de les grouper au seuil de cette étude que de les donner fragmentairement à propos de chaque question. Les statistiques les plus récentes que nous ayons eues sous les yeux se trouvent dans le « Compte rendu général de l'administration de la Justice criminelle » et datent déjà d'une dizaine d'années ; les derniers chiffres connus sont de 1933 et 1934. Sans doute depuis le début de la guerre et surtout depuis un

an, ces chiffres ont-ils dû notablement augmenter ; il est cependant impossible sous ce rapport de donner une précision quelconque.

3. — Le nombre des individus soumis à la détention préventive s'élevait à 64.921 en 1933 et à 68.513 en 1934. Ce sont là des chiffres assez importants. Or, si l'on en déduit les 1.635 non-lieux de 1933 et les 1.844 de 1934, on constate que la quasi-totalité des détenus renvoyés devant la juridiction de jugement ont été condamnés par elle. Il y a donc en gros 3 % des individus qui ont été relâchés sans être condamnés après avoir subi un certain temps de détention préventive. C'est infime et une proportion aussi réduite ne saurait donner matière à réquisitoire contre l'institution de la détention préventive.

Sur ce nombre de 65.000 détenus, nous avons respectivement en 1933 et 1934 : 4.367 et 4.265 mises en liberté provisoire. Seuls ces chiffres globaux offrent encore un intérêt à l'heure actuelle. Leur aménagement intérieur (mise en liberté sur requête, mise en liberté après 5 jours, etc.), n'a plus de valeur pour nous puisque les principes sont renversés et que la mise en liberté provisoire sur demande d'exception qu'elle était, est devenue la règle. Mais les chiffres globaux sont encore significatifs ; il n'y a que 5,5 % des détenus qui soient mis en liberté provisoire, c'est donc à une quantité restreinte de détenus que la liberté provisoire est accordée. Il serait intéressant de connaître le nombre de non-

lieux dont bénéficient ceux qui n'obtiennent pas leur mise en liberté provisoire. Il est à présumer qu'ils doivent constituer de rares exceptions.

4. — Parmi ces mises en liberté provisoire, il y en a 231 en 1933 et 164 en 1934 qui furent subordonnées à un cautionnement ; c'est donc une exception presque négligeable. Il est enfin un dernier chiffre intéressant, c'est celui des détenus libérés provisoirement et qui, par la suite, ont fait l'objet de nouveaux mandats ; il s'élève à 35 en 1933 et à 30 en 1934, soit environ 0,67 % des détenus mis en liberté provisoire, c'est dire que ce cas est presque inconnu en pratique.

5. — De ce rapide aperçu statistique on voit qu'il importe surtout de retenir que 3 % seulement des détenus bénéficient d'un non-lieu. On doit en déduire que dans la quasi-totalité des hypothèses la détention préventive est justifiée et ce, non par la nécessité sociale, mais par un autre motif que nous essaierons de préciser. D'autre part, le chiffre assez impressionnant de 75.000 détenus par an fait apparaître dans toute sa gravité le problème de la détention préventive.

6. — Cette importante question subit des variations très amples quant à l'intérêt et à l'attention qu'y porte le public. Parfois, sous l'influence, soit d'idées libérales particulièrement vives, soit plus

simplement de certaines campagnes de presse, la question de la détention préventive est mise au premier plan et l'opinion s'étonne de voir cette institution prendre un tel développement dans la pratique. De savants statisticiens calculent avec soin et précision le nombre d'années de prison subies chaque année de la sorte par des innocents. Ils arrivent au total impressionnant de plusieurs centaines, ce qui du reste ne signifie pas grand'chose, car ils intègrent dans ce total celui des détentions préventives subies par des individus relaxés par exemple pour insuffisance de charge ou parce que les faits à eux reprochés ne constituent pas des infractions au sens pénal du mot. En réalité, même parmi ces détenus, rares sont ceux qui subissent à tort la détention préventive. A d'autres époques, la question de la détention préventive reste dans l'ombre. Personne n'y pense plus, soit parce que l'on s'en désintéresse, espérant bien n'être jamais inculpé soi-même, soit parce que l'on se trouve, par la force des choses, devoir faire peu de cas de la liberté individuelle. Nous nous trouvons actuellement dans l'une de ces périodes, puisque nous avons un gouvernement autoritaire, et que d'autre part nous vivons dans des circonstances telles que la liberté individuelle sous toutes ses formes se trouve amoindrie.

7. — C'est la raison pour laquelle, alors que les autres lois intéressant la détention préventive — loi du 14 juillet 1865, loi du 7 février 1933, loi du 25

mars 1935 — avaient été entourées d'une publicité hors de proportion, somme toute, avec leur importance : travaux préparatoires approfondis et âprement discutés, circulaires de la Chancellerie, commentaires de tous ordres aussi bien de la part de juristes faisant autorité, que de journalistes, par exemple, la dernière réforme de la matière qui date du décret-loi du 18 novembre 1939, est passée presque totalement inaperçue. Aucun travail préparatoire ne l'a précédée et seul un rapport annexé au décret-loi explique son but. A notre connaissance un seul article, un article de M. Hugueney, dans la Revue de Science Criminelle, y a été consacré et même depuis aucun arrêt de principe n'a été rendu. Cette dernière situation vient non pas du peu d'intérêt qui a été porté à cette réforme dans la pratique, mais du fait que le législateur de 1939, loin de faire œuvre d'originalité comme le rapport annexé au décret-loi pourrait porter à le faire croire, a repris, comme nous le verrons en détail, les diverses améliorations successives apportées par les lois de 1865, 1933, 1935 qui avaient déjà subi l'épreuve du temps.

8. — C'est à ce décret-loi et à la notion même de détention préventive que nous voulons consacrer notre étude. A notre sens, la notion de détention préventive est inséparable de cette étude de la réforme de 1939. En effet, selon que l'on considère la détention préventive comme une nécessité ou qu'on l'envisage, ainsi que nous le ferons, comme

une peine résultant d'un jugement, l'esprit dans lequel on examinera le décret de 1939 changera du tout au tout. Le raisonnement juridique dans la première hypothèse devra tenir une place aussi restreinte que possible, alors que, dans la seconde, il gardera son rôle normal : l'idée de restreindre le champ de la détention préventive ne sera pas l'idée directrice de ce travail.

9. — Seules les réformes apportées par le décret-loi de 1939 attireront notre attention. Les autres problèmes relatifs à la détention préventive ont été déjà cent fois résolus et resteront en dehors du cadre de notre étude. C'est pourquoi nous n'aurons pas à nous occuper des actes d'où résulte la détention préventive, de l'imputation de la détention préventive sur la peine, du régime des détenus préventifs ou de la mise au secret.

10. — Nous diviserons notre travail en deux parties. La première sera consacrée à la notion de détention préventive et la seconde précédée d'une rapide esquisse historique indispensable à la compréhension du régime moderne, à l'étude détaillée du décret-loi du 18 novembre 1939, tout au moins dans ses rapports avec la détention préventive.

PREMIÈRE PARTIE

ESSAI D'UNE THEORIE GÉNÉRALE DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

II. — La détention préventive est classiquement considérée comme un mal nécessaire, cette expression étant entendue dans le sens de donnée antijuridique ne trouvant de justification que dans l'intérêt social qui triomphe dans sa lutte contre l'intérêt individuel.

Cette formule traditionnelle repose sur une notion qui semble à l'examen assez peu solide. La même expression pourrait s'appliquer non seulement à la détention préventive en particulier, mais encore à tout le droit pénal et, plus généralement, à tout le droit. En effet, qu'est-ce donc, à vrai dire, que le droit, sinon une limitation à la liberté individuelle, limitation excusable seulement par le but recherché ? Si faible soit-elle, toute entrave à sa liberté ne peut manquer de causer à l'individu un mal, une gêne plus ou moins sensible. Mais ce mal, cette gêne sont exigés par l'intérêt supérieur de la collectivité. Le droit pénal plus particulièrement de-

vrait être classé parmi ces maux nécessaires puisque c'est la branche du droit qui pose le plus de limites, limites éminemment raisonnables d'ailleurs, à la liberté absolue de chaque citoyen. Or, personne n'a jamais considéré le droit pénal comme un mal nécessaire pris dans le sens de notion antijuridique.

12. — Il semble donc à l'examen qu'il soit difficile d'admettre sans restriction, cette notion de détention préventive, mal nécessaire, douloureuse nécessité sociale ou toute autre qualification lui donnant, non un fondement juridique, mais un fondement pratique de nécessité. En réalité la détention préventive est une peine résultant d'un jugement. C'est une notion absolument juridique mais, pour des raisons que nous reverrons par la suite, en particulier à cause de la rapidité de décision et d'action nécessaire en une telle matière, il ne peut s'agir que d'un jugement et d'une peine possédant des caractères particuliers mettant la détention préventive en dehors du droit commun.

13. — Si ce n'était pas, comme nous essaierons de le démontrer, une peine résultant d'un jugement, on pourrait victorieusement opposer à la détention préventive un argument juridique très fort : « *in dubio pro reo* » ou encore la présomption légale d'innocence. Tant qu'il n'est pas démontré et qu'un jugement n'a pas entériné cette démonstration, ne l'a pas revêtue d'un sceau officiel, qu'un individu soit

coupable, il doit être regardé par la loi comme innocent, quand bien même sa culpabilité ne ferait aucun doute. Il ne pourrait donc pas être question de lui infliger une peine quelle qu'elle soit. Or, la détention préventive, qu'on le veuille ou non, est une peine en ce qu'elle aboutit à l'infliction d'une souffrance par la société à un individu : souffrance d'ordre physique, puisqu'elle implique de la prison qui, abstraction faite de quelques menues différences, est identique à celle d'un condamné ordinaire. Souffrance d'ordre moral : déconsidération fatale du condamné à la détention préventive. Souffrance d'ordre matériel enfin : empêchement pour le détenu de continuer à gagner sa vie, pendant le temps de son incarcération et même souvent par la suite, perte instantanée de clientèle pour un commerçant, etc. Beaucoup d'auteurs glissent, sans s'y arrêter, sur cet argument ; ils se retranchent derrière la notion élastique de nécessité ou d'utilité sociale. Il nous semble malgré tout qu'il a un certain poids et que la procédure pénale étant dominée par l'axiome « *in dubio pro reo* », il est tout de même arbitraire de l'écarter au moment même où l'on s'attendrait à le voir jouer avec toute sa force, à l'instant où la liberté d'un individu non reconnu coupable est en jeu.

14. — Si l'on considère, comme nous, que la détention préventive résulte d'un véritable jugement, alors la contradiction tombe d'elle-même. Il

ne peut plus être question de présomption d'innocence puisque légalement l'individu est considéré comme coupable. Il devient dès lors parfaitement légal, juridique de lui appliquer une peine qui sera la détention préventive.

Mais, avons-nous dit, il ne s'agit nullement d'un jugement ni d'une peine suivant le droit commun. On est en présence d'une peine et d'un jugement exorbitant du droit commun et présentant des caractères très originaux que nous allons maintenant examiner.

CHAPITRE PREMIER

LA DÉTENTION PRÉVENTIVE RÉSULTE D'UN JUGEMENT

15. — Le juge chargé de l'instruction ayant tous les éléments en main : découverte de l'infraction, enquêtes de la police, diverses charges pesant sur le coupable présumé, va se prononcer sur le point de savoir si l'individu soupçonné doit rester en liberté comme si rien ne s'était passé ou si, au contraire, il va être incarcéré et mis au même régime ou presque que les individus condamnés par jugement définitif à une peine de prison. Avant de rendre sa décision, le juge d'instruction pèse le pour et le contre puis il rend son jugement, c'est-à-dire décerne ou ne décerne pas le mandat qui mettra l'individu soupçonné en état de détention préventive. Nous allons voir dans trois sections successives les éléments du jugement, le jugement lui-même, et enfin les caractères spéciaux de ce jugement.

SECTION I. — *Les éléments du jugement*

16. — On ne peut méconnaître la gravité de la décision que va prendre le juge d'instruction. Il va s'agir non seulement de la liberté d'un individu, mais encore pour une large part de sa réputation et de son honneur, auxquels la plupart des gens sont heureusement plus attachés en général qu'à leur liberté propre. Le juge d'instruction a, en plus, le devoir de considérer le côté social du problème, c'est-à-dire de faire abstraction de la personne de l'individu soupçonné et de juger quelle est la meilleure conduite à tenir pour la défense de la société. Il y a dans les plateaux de la balance idéale de la justice quatre éléments qui vont apporter leur poids et la faire pencher dans le sens de la liberté ou dans le sens de la mise en détention préventive : l'infraction dont on recherche l'auteur, les charges qui pèsent sur l'individu soupçonné, la moralité de ce dernier, et enfin la satisfaction réclamée par l'opinion publique. Etudions-les rapidement tour à tour.

§ 1. — *L'infraction dont on recherche
l'auteur*

17. — Ce qui va s'imposer en premier lieu à l'examen du juge d'instruction, c'est la nature même de l'infraction dont il est chargé de livrer l'auteur à la justice.

Saisi soit par un réquisitoire du procureur de la République, soit par une plainte accompagnée de constitution de partie civile, le magistrat instructeur va se mettre à la recherche de la vérité.

C'est sur la nature de l'infraction commise que va, en premier lieu porter son examen. Cette étude constituera le premier élément, la première base de l'instruction, compte tenu des moyens qui auront été mis en œuvre pour commettre cette infraction.

Chaque infraction considérée en elle-même a une coloration morale différente des autres. Il en est de même, en ce qui concerne les moyens que l'on a employés pour la perpétrer. C'est ainsi, pour prendre un exemple, qu'au point de vue moral il n'existe point de commune mesure entre un délit commis en matière de pêche et un vol accompagné de telle ou telle circonstance aggravante. Ou encore s'il s'agit d'infractions dont les résultats peuvent être identiques mais dont les moyens et les mobiles sont différents, il n'y a pas de point commun entre un duel suivi de mort d'homme et un assassinat. L'infraction elle-même fait un premier classement parmi

les délinquants. S'assurer de la personne d'un assassin semble souhaitable, utile à priori. Dans la majorité des cas, il serait superflu d'incarcérer un dueliste et de lui infliger par la détention préventive une peine supplémentaire. Aussi importante que soit la détermination de l'infraction pour la suite qui sera donnée à la question de liberté ou d'emprisonnement du prévenu, cet élément ne saurait suffire à déterminer le juge d'instruction dans un sens ou dans l'autre. C'est alors que vont intervenir les autres facteurs.

§. 2. — *Les charges pesant sur le prévenu*

18. — Une fois l'infraction découverte et étudiée, il faut, pour que la question de la détention préventive se pose, que les soupçons du juge d'instruction se portent sur un individu nommément désigné. Il ne saurait être question, du moins dans la pratique, et c'est le seul point qui nous intéresse ici, de mettre en état de détention préventive un certain nombre de personnes sous une même inculpation. Le plus souvent la détention préventive aboutit à la traduction du prévenu devant les tribunaux compétents. Sans être timoré, un juge d'instruction hésitera à mettre sous les verrous plusieurs personnes au début de son instruction puis à les relâcher au fur et à mesure que ses enquêtes lui révéleraient leur innocence. Sans parler d'autres considérations,

celle de son avancement serait déterminante. De même si les soupçons se portent sur une seule personne, le juge d'instruction n'ordonnera pas de ce simple fait, la détention préventive. Il attendra que les soupçons deviennent de plus en plus forts, de plus en plus nombreux. Jamais le juge n'arrête un prévenu lorsqu'il est simplement persuadé sans preuve positive de sa culpabilité. Même sans faire intervenir l'idée d'avancement que nous avons mise en avant tout à l'heure, les juges ont un sens de leurs responsabilités qui les empêchera de prendre des mesures aussi arbitraires en une matière où le grand principe qui domine est celui de la liberté.

19. — Néanmoins, quand les soupçons se préciseront, se concrétiseront dans des preuves positives, la question de la mise en détention préventive se posera plus clairement et les scrupules du juge d'instruction tomberont un à un. Plus les charges qui pèsent sur l'inculpé seront lourdes, plus la mise en détention préventive sera facile pour le juge, étant entendu que nous parlons ici de facilité pratique et non de facilité juridique, celle-ci restant immuable. N'oublions pas qu'ici comme devant toute juridiction pénale règne le principe de l'intime conviction. En matière de jugement définitif, dès que l'intime conviction des juges de la culpabilité de l'inculpé sera établie, le prévenu sera condamné. De même, dès que le juge d'instruction aura l'intime conviction que les charges contre le prévenu sont

suffisantes pour démontrer qu'il a mérité la mise en détention préventive, il n'hésitera pas à l'ordonner.

§ 3. — *La moralité du prévenu*

20. — Après étude de l'infraction et des charges, le juge d'instruction se trouve devant un individu qu'il croit coupable. Va-t-il pour cela le mettre en état de détention préventive ? Non, pas forcément. Un troisième élément subjectif intervient et nous appelons ici élément subjectif celui qui touche les rapports directs du juge d'instruction et du prévenu. Ce troisième élément est ce que l'on peut appeler la moralité du prévenu, en prenant le mot moralité dans un sens très large. Il comprend un ensemble de données que l'on peut classer en trois groupes : la possibilité de fuite, le danger de collusion et l'état plus ou moins dangereux de l'individu. Le juge d'instruction est appréciateur unique et souverain de ces trois données et de l'influence qu'elles ont sur la liberté ou l'incarcération de l'individu. Tel prévenu est-il digne de confiance ou au contraire doit-on se méfier de lui et l'empêcher, par le moyen radical qu'est la suppression de la liberté, de faire un mauvais usage de celle-ci ? Si, pour le mettre en état de détention préventive, on tenait compte uniquement de ces trois données, on punirait le prévenu non d'un délit commis mais de ce que, en raison de sa moralité, il ferait probablement

pour empêcher la justice de suivre son cours. C'est avec cette idée qu'apparaît le plus le caractère de jugement répressif dans la décision prise par le juge d'instruction. Quant à la mise en détention préventive, ce sera à cause des mauvais renseignements de toutes sortes, que le juge possède sur le prévenu, que celui-ci sera incarcéré. Le juge d'instruction ne considère plus le prévenu comme un innocent, il le juge coupable. D'où l'application de la peine.

21. — A) *Le danger de fuite.*

C'est, dans la pratique, la considération qui prédomine dans la décision du juge d'instruction. Avec le progrès, les moyens de fuite se sont multipliés et sont devenus singulièrement plus faciles qu'autrefois. Facilité tout d'abord quant aux lieux de fuite. Dans la Rome primitive, par exemple, le danger de fuite n'était guère à craindre, puisque l'exil était une peine plus cruelle que la mort. Aussi la détention préventive était-elle exceptionnelle. Actuellement, il n'en est plus de même. N'importe quel pays est préférable pour un coupable et même pour un innocent victime de la fatalité et contre lequel s'accumulent des soupçons qu'il n'arrive pas à détourner. Certains pays même étaient légendaires pour leur facilité d'accès aux étrangers quels qu'ils fussent. La France en a fait la cruelle expérience. Même sans aller si loin, la « fuite sur place » devient chaque jour plus pratiquée. Comment retrouver quel-

qu'un dans des fourmilières comme Paris ou Marseille ? A moins de chance inouïe, les rafles les plus imposantes se révèlent inefficaces, du moins en ce qui concerne la recherche d'un individu déterminé. Lors même que les frontières sont pratiquement fermées, comme c'est actuellement le cas, le danger de fuite est tout autant à craindre qu'en période normale. Facilité ensuite quant aux moyens : avec les moyens de transport actuels, quelques heures suffisent, pour mettre entre un individu et la justice de son pays la barrière difficilement franchissable pour celle-ci que constitue une frontière. Les déplacements innombrables qui s'effectuent chaque jour, couvrent d'un anonymat discret la fuite d'un coupable. Même si le coupable se faisait arrêter en pays étranger, la procédure d'extradition mettrait encore une entrave sérieuse, pour ne pas dire un point final, à la marche de la justice.

22. — A la vérité, le danger de fuite n'existe pas au même degré pour tous les individus. Il varie d'abord essentiellement selon la nature de l'infraction commise et, c'est un point que nous avons déjà étudié, il varie ensuite suivant la mentalité, la psychologie du prévenu. C'est là que le juge d'instruction aura à évaluer le danger. C'est ainsi qu'un prévenu déjà plusieurs fois condamné et craignant la relégation est beaucoup plus tenté de mettre une frontière entre le juge d'instruction et lui qu'un délinquant primaire qui peut à la rigueur espérer

le bénéfice du sursis. Il varie aussi selon la position sociale et les ressources pécuniaires du prévenu : un paysan possédant pour toute fortune quelques arpents de terre est beaucoup moins tenté de prendre la fuite qu'un financier international qui a pris la précaution de placer de nombreuses valeurs à l'étranger. Or, quel est le moyen radical de réduire à néant toute idée de fuite, de sanctionner pénalement cette tentation coupable ? C'est évidemment de mettre le prévenu dans l'impossibilité d'exécuter son plan, en d'autres termes, c'est de le mettre en état de détention préventive.

Le danger de fuite, qui est, dans la pratique, le motif le plus déterminant n'est pas le seul ; il en est un autre qui va mettre l'accent sur le caractère de jugement pénal, que présente, à notre avis, l'envoi en détention préventive : c'est le danger de collusion.

23. — B) *Le danger de collusion.*

Laisser en liberté un individu que l'on soupçonne, c'est lui accorder toute latitude pour détruire les preuves, suborner des témoins ou du moins tenter de tels actes. Ici encore va intervenir ce que le juge d'instruction connaît de la moralité du prévenu. Il se peut très bien que, quoique ayant des soupçons bien établis, le juge d'instruction juge le prévenu digne d'être laissé en liberté jusqu'au jugement définitif. Mais que celui-ci essaie d'entraver

le cours de la justice, alors le juge d'instruction le mettra hors d'état de nuire en le faisant incarcérer. Dans une telle hypothèse, le juge d'instruction ne punit pas seulement ce que le prévenu pourrait faire, mais encore un fait positif de celui-ci. Il y a ici place pour la notion d'opportunité : le juge d'instruction peut vouloir laisser le prévenu tenter quelque collusion pour le prendre plus facilement et dénoncer par des faits probants sa culpabilité. C'est ce qui arrivera principalement lorsque les soupçons du juge, quoique fortement ancrés, ne se baseront sur aucun fait définitif qui serait capable d'emporter la conviction des tribunaux répressifs. A ce danger de collusion, s'ajoute pour le prévenu la possibilité d'entraver la marche de l'instruction : ne pas se présenter aux interrogatoires, gêner les perquisitions ou saisies, etc... Le juge d'instruction peut se prémunir contre ce danger par la mise en détention préventive, soit au début de l'instruction, soit au moment où se révélera la duplicité du prévenu.

24. — Cette rapide esquisse du danger de collusion, élément du jugement du magistrat instructeur, est un argument de plus en faveur de notre théorie. En effet, si l'on considérait la détention préventive comme uniquement basée sur la nécessité, l'utilité sociale, il faudrait conclure, pour être logique, que la détention préventive ne doit jamais résulter d'une éventualité plus ou moins probable de collusion ni de l'appréhension d'un dépérisse-

ment de preuves. La justice possède des moyens assez puissants pour déjouer ces manœuvres et si l'on voyait dans la détention préventive une lutte entre un intérêt collectif et un intérêt individuel on devrait conclure qu'ici l'intérêt individuel doit l'emporter. La justice dispose, pour étudier l'infraction, des moyens les plus perfectionnés, les plus scientifiques, pour faire surveiller le prévenu de toute la police judiciaire. Qu'aurait-elle besoin encore de détenir le prévenu, c'est-à-dire un individu que la loi regarderait encore comme innocent, sous les verrous ?

Au contraire, si l'on envisage la détention préventive comme une peine, il n'y a plus de contradiction : il a été jugé que le prévenu est coupable soit de certains faits positifs de collusion, soit d'un certain état d'esprit le portant à les commettre. En conséquence on le condamne à la détention préventive. La même démonstration se retrouve au cas où le prévenu tente de gêner la marche normale de l'instruction. La justice a des moyens de coercition assez forts pour lutter victorieusement contre le mauvais vouloir d'un inculpé. Ici plus encore que pour le danger de collusion, l'idée de commodité, qui est à la base de celle de nécessité, prendrait une importance que l'on ne pourrait s'expliquer rationnellement.

Nous allons retrouver ces idées avec le dernier élément de ce que nous avons appelé la moralité du prévenu.

25. — C) *L'état plus ou moins dangereux du prévenu.*

Cet état constitue un important facteur dont le juge d'instruction ne manquera pas de tenir compte dans sa décision. Ne risque-t-on pas, en laissant le prévenu en liberté, de le voir commettre au détriment de la société et peut-être sans grand risque pour lui-même, puisqu'il est couvert par notre principe de non-cumul des peines, de nouvelles infractions ? Ici encore doit intervenir une étude de la moralité et de la mentalité du prévenu. On tient tout d'abord compte de ce que l'on a appelé sa « témébilité ». Evidemment, si le prévenu est un anormal, la question ne se pose pas au point de vue peine. C'est, en effet, une mesure de sûreté élémentaire que de le mettre hors d'état de nuire. Mais si l'on se trouve devant un délinquant normal, alors la mesure de la détention préventive peine va se poser. Non seulement le juge d'instruction punira par la détention préventive, l'infraction jugée commise, mais encore les infractions possibles.

26. — Cet élément n'a pas une grande importance pratique. Nous avons parlé du non-cumul des peines. Ce principe pousserait-il le prévenu à commettre plusieurs infractions successives, comme la menace de jugement d'interdiction pousse parfois un prodigue à accumuler des dépenses ? Nous ne le pensons pas. Tout d'abord parce que, quoique nul

ne soit censé ignorer la loi, la majorité des gens ne connaissent pas ce principe. Ensuite et surtout, parce qu'un prévenu songe bien plutôt à détourner les soupçons qu'à commettre de nouvelles infractions qui ne pourraient que le faire juger plus sévèrement par le tribunal (il s'agit, bien entendu, de la peine effectivement appliquée et non de la peine applicable d'après la loi)..

§ 4. — *Le trouble social et la satisfaction
réclamée par l'opinion publique*

27. — C'est le dernier élément du Jugement. Il offre cette singulière particularité de fausser en quelque sorte le libre arbitre du juge d'instruction. Un jugement ne devrait être rendu par des magistrats qu'abstraction faite de toute considération qui serait étrangère à leur conscience. Le magistrat doit juger en toute droiture et conscience. Seules l'infraction commise, les preuves à lui présentées et la moralité du prévenu (nous prenons ici le mot moralité dans son sens courant) devraient influencer sur sa décision. Il n'en est cependant pas toujours ainsi. L'opinion publique, souvent mal renseignée par une presse plus ou moins partielle, s'émeut. Des campagnes s'élèvent de divers côtés. L'esprit du juge peut en être influencé. Le trouble social risque de grandir à la suite d'une peine qui sera jugée trop bénigne, à plus forte raison d'un acquittement. Le ma-

gistrat risque de se laisser entraîner par telle ou telle considération sans rapport avec son rôle normal. Pareil fait est déjà à craindre dans un jugement définitif une fois l'instruction terminée. Il l'est encore bien plus dans la période de l'instruction alors que les renseignements sont incomplets et même contradictoires. Le juge d'instruction peut être amené presque de force à faire incarcérer un prévenu qu'il n'aurait vu aucun inconvénient à laisser en liberté en d'autres circonstances. Dans un cas comme celui de l'affaire Stavisky, par exemple, le public n'aurait pas admis qu'il n'y eût pas certaines arrestations immédiates. Heureusement que des affaires de ce genre sont très exceptionnelles. L'importance du facteur que nous examinons est cependant généralement assez grande car ce n'est guère que dans des affaires vastes et compliquées que l'opinion publique réagit. C'est précisément dans ces affaires que l'instruction sera la plus longue. Du reste, ce facteur n'agit pas toujours au détriment du condamné, qui risquerait gros en certains cas à rester en liberté. Mais qu'il joue dans un sens ou dans l'autre, on ne peut que le regretter, puisqu'il enlève dans certains cas une partie de leur indépendance aux magistrats.

28. — Nous avons ainsi passé très rapidement en revue les éléments qui vont peser sur le jugement du magistrat instructeur. Que ces éléments, ou certains d'entre eux, qui sont laissés à sa libre appré-

ciation, soient favorables au prévenu, le juge d'instruction laissera ce dernier en liberté, sinon il rendra un jugement, c'est-à-dire fera écrouer le prévenu au moyen d'un mandat.

C'est ce jugement que nous allons étudier maintenant.

SECTION II. — *Le Jugement*

29. — Le juge d'instruction a à sa disposition deux mandats différents pour amener la détention préventive de l'inculpé : mandat de dépôt et mandat d'arrêt. Ce dernier, plus compliqué, n'est employé que dans les cas où il est indispensable, c'est-à-dire dans les cas de demande d'extradition. Seul le mandat de dépôt intéresse la pratique. Comme contre tout jugement, il y a des voies de recours pour obtenir sa réformation ou sa cassation. Ce sont ces deux points que nous allons voir dans deux paragraphes successifs.

§ 1. — *Le jugement lui-même. Délivrance du mandat*

30. — Le juge d'instruction ne décerne un mandat, c'est-à-dire ne rend un jugement que s'il considère que l'inculpé mérite d'être incarcéré. Si au contraire, il opte pour la liberté, il n'agira momentanément pas et aura toute latitude pour décerner le mandat au moment qu'il jugera opportun.

Le mandat, disons-nous, est un jugement. Pour mettre ce fait en lumière, disons en deux mots ce qu'est un jugement répressif et quels en sont les

caractères : dans un jugement répressif, le tribunal constate ou croit constater, ce qui revient au même, que le prévenu est coupable, en conséquence il inflige au condamné une peine qui présente certains caractères (châtiment de la faute commise, essai d'amendement du condamné, etc...) dont nous n'avons pas à nous occuper pour le moment. Retrouvons-nous ces caractères dans le mandat de dépôt ? C'est le juge d'instruction qui constate l'infraction, il constate que pèsent sur le prévenu certaines charges qui méritent l'incarcération ; en conséquence il l'envoie en prison. Il y a bien dans ce mandat sinon les caractères extérieurs d'un jugement, et nous reviendrons sur cet aspect, du moins ses caractères profonds : un tribunal chargé de la défense de la société, une évaluation des charges, une condamnation.

L'objection que l'on pourrait faire à cette notion de mandat jugement serait dans le caractère purement discrétionnaire de l'émission de ce mandat, dans le manque absolu de voies de recours à opposer à ce jugement, son caractère administratif ; cela nous amène à examiner les voies de recours possibles contre le mandat de dépôt.

§ 2. — *Les voies de recours*

.31. — Au premier abord, il semble qu'il n'y ait pas de voies de recours contre le mandat de dé-

pôt. En nous arrêtant à cet aspect superficiel, on peut se demander si ce serait suffisant pour enlever au mandat son caractère de jugement. Nous connaissons en France le principe de double juridiction : l'appel est de droit dans tous les cas qui ne sont pas formellement exceptés par la loi. Ce principe n'est qu'une conséquence de la notion de jugement : il ne peut y avoir de recours que lorsqu'il y a jugement. S'il y a des voies de recours juridictionnelles contre les mandats de dépôt, nous serons fondés à affirmer qu'il s'agit bien là d'un jugement. S'il n'y a pas de voies de recours ou si elles ne présentent que des caractères gracieux ou administratifs, force nous sera d'abandonner l'idée que le mandat de dépôt est dans son essence un jugement. L'on peut soutenir qu'il n'y a pas de recours possible contre un mandat de dépôt, que celui-ci est purement discrétionnaire de la part du juge d'instruction, qu'il ne peut être question de réclamation contentieuse à son égard. Ce serait, semble-t-il, une vue un peu courte des choses. Le mandat de dépôt ne pourrait être regardé comme purement discrétionnaire, que si toute son efficacité n'était conditionnée que par le bon vouloir du juge d'instruction, c'est là la définition même d'un acte discrétionnaire : rester indéfiniment à la disposition exclusive d'une autorité publique, l'administré se trouvant sous son entière dépendance. Or, en va-t-il de même ici ? Certainement pas. Le juge d'instruction peut envoyer discrétionnairement le prévenu en prison, mais il ne peut l'y

maintenir indéfiniment contre son gré et sans raison.

32. — L'inculpé peut à tout moment adresser au juge d'instruction une demande de mise en liberté provisoire, demande que celui-ci peut refuser de prendre en considération. Mais, et ici législation, doctrine et jurisprudence sont d'accord, il ne peut refuser que par une ordonnance dite juridictionnelle que l'inculpé peut porter devant la juridiction supérieure, c'est-à-dire devant la Cour d'appel, qui infirmera l'ordonnance si elle la juge insuffisamment fondée. C'était encore plus net sous l'empire de la loi du 23 mars 1935, où, automatiquement, sans même que le détenu ait à intervenir, la cour d'appel était amenée à statuer sur la prolongation de la détention préventive. Le pouvoir discrétionnaire du juge d'instruction était réduit à son plus strict minimum. Le décret-loi de 1939, en supprimant ces dispositions, a gardé la possibilité pour l'inculpé de formuler en tout temps une demande de mise en liberté provisoire. En cas d'erreur de droit, le décret de 1939 a rendu la possibilité de former un pourvoi en cassation contre la décision de la Cour d'appel, possibilité qui avait été enlevée par la loi de 1935.

33. — Personne ne songe à contester le caractère de jugement donné à l'ordonnance du juge d'instruction, statuant sur la demande de mise en

liberté provisoire. Aussi, dire que le mandat de dépôt est un acte purement discrétionnaire, est s'arrêter à un aspect purement superficiel de ce mandat. Tout comme les juges de première instance s'efforcent de motiver au mieux leur jugement, et d'éviter ainsi la réformation, ainsi le juge d'instruction ne décernera le mandat de dépôt que lorsque les conditions de l'instruction seront suffisamment favorables pour éviter qu'une demande de l'inculpé, dont il serait fait appel, ne reçoive immédiatement satisfaction de la Cour d'appel. On doit donc considérer à notre avis, qu'en réalité, en allant au fond des choses, le mandat de dépôt lui-même comporte des voies de recours qui lui sont propres. Or, nous avons vu que les voies de recours juridictionnelles sont une conséquence de la notion de jugement ; il faut donc bien considérer que le mandat de dépôt est un jugement. Il va de soi qu'un tel jugement ne peut être semblable à un jugement de droit commun. Il n'est en effet susceptible d'appel et de pourvoi en cassation que par ricochet.

Ce n'est pas là son seul caractère original et nous allons dégager dans une dernière section les principaux caractères spéciaux qu'il présente en tant que jugement.

SECTION III. — *Caractères spéciaux de ce jugement*

34. — Nous venons de constater que le jugement de mise en détention préventive devait avoir des caractères exorbitants du droit commun. Nous avons vu celui qu'il présente relativement aux voies de recours dont il est susceptible. Il en possède essentiellement cinq autres. Tout d'abord un caractère de forme sur lequel il est inutile d'insister : tout jugement contient des attendus, mentions que nous ne retrouvons pas dans le mandat de dépôt, du moins en théorie, car dans la pratique judiciaire le mandat de dépôt contient généralement l'indication de l'infraction dont on recherche l'auteur et le texte de loi qui la punit. Cette question n'a d'ailleurs qu'un intérêt tout à fait limité.

Au contraire, les caractères spéciaux de fond présentent une grande importance. Il y en a, avons-nous dit, quatre autres que nous allons examiner tour à tour : le mandat ne préjuge pas de l'issue du procès, il est rendu par un juge unique, il est essentiellement provisoire. Enfin, par sa rapidité, il comporte de grands risques d'erreur.

§ 1. — *Le mandat est rendu par un juge unique*

35. — Il est relativement rare, du moins en France, de trouver des tribunaux formés d'un juge unique. La pluralité des juges nous a toujours semblé souhaitable comme garantie de bonne justice. Cependant l'idée de tribunaux formés d'un juge unique gagne de plus en plus de terrain, surtout pour une raison d'économie. Il n'est du reste pas exceptionnel de voir un tribunal formé d'un juge unique, par exemple le tribunal de simple police, formé du seul juge de paix.

Ce qui est plus curieux c'est que la détention préventive peut, dans certains cas, être ordonnée par un magistrat qui n'a pas le caractère de juge. En matière de flagrant délit, quand le procureur de la République arrive le premier sur les lieux, il peut mettre le prévenu en état de détention préventive ; c'est un point parfois discuté et l'on veut souvent distinguer cette arrestation de la détention préventive proprement dite en faisant remarquer que l'article 46 du Code d'Instruction criminelle porte : « faire saisir » les prévenus. On parlerait alors d'« arrestation provisoire ». Mais la jurisprudence ne fait pas cette différence. Voyez, par exemple, Paris, 6 février 1931, D.H. 1931, 197 : « Un commissaire de police a le droit d'ordonner l'arrestation préventive dans les cas prévus par les articles 40 et 46 du Code d'Instruction criminelle. »

Comment expliquer ce pouvoir pour un magistrat non juge, alors que nous avons vu que la détention préventive résulte d'un jugement ? C'est qu'en cas de flagrant délit, il n'existe aucun doute sur la culpabilité du prévenu. Il n'y a donc pas ici de jugement à proprement parler. Il n'y a pas à faire une étude des charges, la preuve de la culpabilité est patente. On ne juge pas quelqu'un qui jusqu'ici était présumé innocent, comme cela se produit en cas de délit non flagrant, mais on arrête un coupable. C'est pour la même raison que toute personne est autorisée à arrêter un coupable en cas de flagrant délit.

§ 2. — *Le mandat ne préjuge pas
de l'issue du procès*

36. — Lorsqu'un juge d'instruction décerne un mandat de dépôt, cela veut simplement dire que sur le vu des éléments qu'il possède, il considère que l'inculpé mérite d'être incarcéré pendant la durée de l'instruction. Mais, alors qu'un jugement ordinaire clôt une question définitivement en général, le jugement qui se concrétise dans le mandat de dépôt n'implique pas que l'affaire soit terminée. Le juge d'instruction, une fois l'inculpé incarcéré, continue son enquête, recherche de nouvelles preuves qui peuvent fort bien innocenter le détenu. Même si ces nouvelles preuves sont à sa

charge et paraissent décisives au magistrat instructeur, le tribunal devant lequel l'inculpé sera renvoyé à la fin de l'instruction peut ne pas se déclarer convaincu et le relaxer purement et simplement. Ce phénomène de jugements qui ne terminent pas une affaire n'est pas inconnu dans d'autres matières. Nous trouvons en procédure civile des jugements qui présentent des analogies frappantes avec le mandat de dépôt. Ce sont les jugements d'avant faire droit ou d'avant dire droit. D'après la définition classique ce sont ceux par lesquels un tribunal, au cours d'un procès, ordonne une mesure préalable ou provisoire dans l'intérêt d'une partie sans statuer sur le fond. Ces derniers jugements sont, dans la procédure civile, l'exacte réplique de ce que nous voyons dans la procédure criminelle avec le mandat de dépôt. Prenons un exemple qui mette en lumière ce parallèle : en procédure civile, un jugement peut ordonner la nomination d'un séquestre pour garder ou assurer l'entretien d'un objet litigieux. Il n'est aucunement question de trancher le problème de la propriété. Il s'agit simplement de conserver l'objet intact jusqu'au jour où un jugement définitif aura déterminé son véritable propriétaire. Toutes proportions gardées, c'est analogue à ce qui se passe en matière de mise en détention préventive. Cette analogie ne peut qu'être favorable à la théorie que nous soutenons.

§ 3. — *Le mandat est essentiellement provisoire*

37. — En principe, un jugement met fin à une question : c'est ce qu'exprime l'adage : « le jugement dessaisit le juge ». L'affaire prend alors la force de chose jugée et ne peut plus être remise en question lorsque les trois identités classiques : cause, objet et parties sont réunies. Cet effet s'attache même au jugement de première instance. Les juges de première instance sont dessaisis. Si le délai d'appel est écoulé, le jugement est définitif ; si l'appel est exercé et si une nouvelle instance se lie, la solution des juges d'appel s'impose sauf ouverture à pourvoi en cassation dans certaines hypothèses. La solution est tout autre et par là même extrêmement curieuse et originale en matière de détention préventive. D'une part les voies de recours que nous avons étudiées présentaient sous ce rapport des caractères spéciaux, d'autre part le juge d'instruction est maître de revenir à tout instant sur sa décision, sauf à en prendre une nouvelle qui sera entourée de quelques restrictions d'ailleurs plutôt nominales.

38. — Et tout d'abord nous avons vu que l'inculpé peut à tout moment demander sa mise en liberté provisoire. D'où éventuellement appel et pourvoi en cassation. Cette faculté est compréhensible et parfaitement rationnelle, tout au moins quand l'inculpé n'a pas encore fait de demande. Ce

qui est curieux c'est que la loi ne limite pas le nombre des demandes de mise en liberté provisoire. A tout moment l'inculpé peut faire cette demande même si les circonstances n'ont changé en rien, même si aucune preuve à sa décharge n'a été relevée et surtout même si de nouvelles preuves à charge ont été rassemblées contre lui par le juge d'instruction. Cet état de choses était encore plus anormal sous l'empire de la loi du 23 mars 1935, alors que périodiquement la chambre des mises en accusation était saisie de la situation de l'inculpé, vérifiait à chaque fois le dossier dont un rapport lui était obligatoirement présenté par un conseiller. Donc l'autorité de la chose jugée n'est attachée ni au mandat de dépôt ni à l'ordonnance juridictionnelle du juge d'instruction ni à l'arrêt statuant sur l'appel de cette ordonnance.

39. — En face de cette anomalie qui a trait au pouvoir de l'inculpé, nous en trouvons une autre qui se rapporte au pouvoir du juge d'instruction ; de même que l'inculpé peut à tout moment se pourvoir contre le mandat de dépôt, de même à chaque instant le juge d'instruction peut mettre le prévenu en état de détention préventive s'il n'a pas déjà pris de décision en ce sens ou, au contraire, mettre le prévenu en liberté provisoire, s'il a déjà décerné un mandat de dépôt. Durant tout le temps que dure l'instruction, il reste maître de revenir sur son jugement quand il le veut. Chose curieuse au premier

abord, il a dans sa sphère moins de liberté que le prévenu n'en a dans la sienne. C'est sans restriction, nous l'avons vu, que le détenu peut demander sa mise en liberté provisoire. Au contraire, lorsque le juge d'instruction ayant décerné un mandat de dépôt contre un inculpé, puis l'ayant mis en liberté provisoire, veut révoquer cette liberté provisoire, il ne peut plus le faire en plein arbitraire, du moins théoriquement ; il faut soit des circonstances nouvelles et graves (formule vague et élastique), soit la carence de l'inculpé à une de ses convocations. Cette différence de situation s'explique facilement : on ne veut pas que la liberté d'un homme soit soumise à toutes les fantaisies d'un juge. Lorsqu'un prévenu détenu a été relâché, il doit y avoir eu des raisons sérieuses pour le faire. Il est inadmissible que, les choses étant restées dans l'état, on l'oblige sans raison sérieuses à réintégrer la prison.

Nous sommes donc en présence de cette situation unique d'un jugement transformable à tout moment et dont les voies de recours présentent le même caractère d'instabilité. Il ne suffit pas de constater, il faut encore expliquer. L'explication réside dans le troisième caractère fondamental du jugement : il comporte de grandes chances d'erreur.

§ 4. — *Le mandat comporte de grandes chances d'erreur*

40. — La chose jugée est légalement présumée vraie. Mais cette présomption peut ne pas correspondre toujours à la réalité. Certaines erreurs sont restées fameuses dans l'histoire : qui n'a présente à la mémoire, par exemple, l'affaire du courrier de Lyon ? Ces erreurs très rares en matière civile où chaque preuve a une valeur soigneusement déterminée sont plus fréquentes ou plutôt moins rares en matière pénale où règne le principe de l'intime conviction. Une condamnation qui ne serait basée sur aucune preuve ne tomberait cependant pas sous le coup de la censure de la Cour de Cassation. Les chances d'erreurs sont donc plus nombreuses dans les procès pénaux que dans les procès civils. Cette affirmation a une valeur toute particulière quand il s'agit non d'un jugement pénal terminant une affaire mais d'un jugement comme le mandat de dépôt. Le plus souvent, le juge d'instruction n'a pas, avant de décerner son mandat, le temps matériel de se livrer à une étude approfondie de l'affaire qu'il instruit. Dès qu'il s'est rendu compte ou plutôt dès qu'il a cru se rendre compte que le prévenu méritait pour telle ou telle raison d'être mis en état de détention préventive, le juge d'instruction décerne son mandat de dépôt. Il ne peut par définition même remettre son jugement et attendre d'avoir élucidé

en totalité le problème qui se pose à lui. Le mandat de dépôt est rendu avant que toutes les preuves ne soient réunies, tous les alibis vérifiés, toutes les circonstances de l'infraction élucidées. En tardant, le juge d'instruction risque de voir le prévenu disparaître, les preuves s'effacer. Mais un jugement ainsi rendu sur de simples présomptions si fortes soient-elles, avant la clôture de l'instruction, n'a pas évidemment les mêmes garanties de vérité qu'un jugement rendu à tête reposée sur le vu des preuves les plus complètes. Il faut donc pallier cet inconvénient et c'est pourquoi le mandat de dépôt est dans la situation curieuse d'un jugement sans cesse revisable, soit sur l'initiative de celui qui est la victime, soit par son auteur lui-même.

Nous avons donc vu le jugement, ses éléments et ses caractères. Il nous reste à envisager ses résultats ; c'est-à-dire la peine qu'il inflige.

CHAPITRE II

LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

41. — Le juge d'instruction s'est prononcé. Il a étudié les charges pesant sur le prévenu, l'infraction et les circonstances qui l'entourent et qui peuvent révéler une perversité plus ou moins grande chez le détenu, les dangers que sa liberté pourrait faire courir à la marche de la justice et à la société. Il a jugé que le détenu méritait d'être mis en état de détention préventive. Il l'a ordonné. En quoi va consister cette peine ? C'est ce que nous allons voir maintenant. Nous verrons ensuite pourquoi et comment cette peine est une peine très dure, allant même parfois jusqu'à l'injustice. Cela nous amènera à conclure que la détention préventive devrait être restreinte, moins au pouvoir discrétionnaire du juge d'instruction, voire même prohibée pour certaines catégories de prévenus.

SECTION I. — *En quoi consiste la détention
préventive*

42. — La détention préventive consiste à incarcarer le prévenu. Il devrait être, et telle était l'intention des auteurs du code d'instruction criminelle, interné dans un établissement spécial : la maison d'arrêt. En fait, il est écroué dans la prison départementale comme les détenus ordinaires. Tout au plus le sépare-t-on en général de ceux-ci. Il est donc pratiquement dans une situation identique à celle d'un condamné jugé définitivement. Il y a quelques menus avantages, mais qui semblent dérisoires, au moins si l'on se rallie à la théorie classique, qui veut que la détention préventive soit un mal nécessaire. Dans ce cas, ne devrait-on pas soumettre à un régime radicalement différent de celui d'un condamné un individu présumé innocent et qu'une cruelle nécessité oblige à priver du bien précieux entre tous qu'est la liberté ? Ne devrait-on pas au moins réserver aux détenus préventifs des maisons spéciales incomparablement mieux aménagées que les prisons ? Au lieu de cela, tout ce qu'on offre au prévenu, c'est de le dispenser du port du costume pénal ! Si, au contraire, l'on considère la détention

préventive comme une peine, alors quoi de plus normal que de mettre le détenu à un régime sensiblement pareil à celui des condamnés ? Quoi de plus normal également de lui octroyer de menus avantages, car il faut tenir compte du fait que le jugement le condamnant à la détention préventive comporte beaucoup plus de chances d'erreur qu'un jugement ordinaire.

43. — Le détenu est donc, en général, légèrement avantagé par rapport au condamné. Cependant, il est un point sur lequel le condamné a un grand avantage sur le détenu : le condamné connaissant le taux fixe de sa condamnation sait exactement à quel moment il sera libéré. Aucune incertitude en lui à ce sujet. Au contraire, le détenu ne sait pas combien de temps il restera en prison. Cette incertitude, cet empêchement pour son esprit de fixer un terme à sa souffrance forment une peine morale qui s'ajoute à la peine physique et que le condamné, lui, n'éprouve pas. Bien des détenus préféreraient avoir en vue un terme fixe, fût-il assez éloigné, à leur détention, que l'espoir d'un élargissement rapproché, espoir qui peut toujours se trouver déçu. On fait souvent peu attention à ce côté moral de la peine. Il ne faudrait cependant pas l'exagérer. Le détenu est au courant de la marche de l'instruction, tant par les divers interrogatoires que lui fait subir le juge d'instruction que par l'avocat qui s'occupe de lui. Il peut, au rythme de la marche de l'instruction,

prévoir la date approximative du jugement. D'autre part, même si cette prévision était impossible, il il faut tenir compte du fait que les détentions préventives ne se prolongent pas indéfiniment. En trois mois au grand maximum, une instruction normale sera terminée et le détenu sera fixé sur son sort. Pour prendre un exemple concret, voici les statistiques de l'année 1932 :

LONGUEUR DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE	ANNÉE 1932
	SUR 64.401 DÉTENTIONS PRÉVENTIVES
Moins d'un jour	3.911
De 1 jour à 5 jours.....	14.832
De 6 jours à 20 jours.....	26.838
De 21 jours à 50 jours.....	13.096
Plus de 50 jours	5.724

Néanmoins l'on cite des détentions préventives ayant duré deux ans et plus, par exemple un arrêt de non lieu de la Chambre des Mises de la Cour de Paris du 22 février 1928 a été rendu après 28 mois de détention préventive. Mais il est fatal que des abus se glissent dans la détention préventive comme il s'en glisse et s'en glissera partout et toujours. De là à tirer une règle générale ou la condamnation d'une institution il y a évidemment loin.

44. — Le détenu est donc atteint d'une part, dans sa personne physique, d'autre part dans son moral. Il est atteint, en dernier lieu, dans son hon-

neur et dans celui de ses proches. En effet, l'arrestation matérialise en quelque sorte la culpabilité de l'intéressé au regard du public. Déjà des bruits ont couru sur le compte des individus qui ont été interrogés par le juge d'instruction, autour desquels se trame un faisceau de preuves, qui ont été mêlés à l'infraction. De là à les croire coupables, même s'ils jouissaient de toute la considération possible, il n'y a qu'un pas. Il est déjà vite franchi de lui-même, il le sera encore bien plus facilement si sur les soupçons anonymes et populaires vient se greffer un sceau officiel : l'arrestation du prévenu. En vain essaiera-t-on de dire qu'il est seulement en détention préventive, que ceci ne préjuge pas du fond, que l'enquête continue : il est arrêté, il est coupable. Et même s'il revient entièrement absous par la justice, la vague de soupçons qui s'est abattue sur lui, maintiendra autour de son nom une atmosphère de culpabilité et de déconsidération.

Une telle situation, déjà dure pour lui-même, risque de l'être tout autant pour sa famille ; un commerçant s'expose à voir fuir sa clientèle et seul le temps pourra venir à son secours. Aussi depuis longtemps des projets de toutes sortes ont-ils été déposés pour compenser dans une certaine mesure ces pertes lorsqu'un détenu est reconnu innocent. Ces projets ont cependant tous échoué, ce qui montre bien que dans le fond il y a un jugement et non une mesure conditionnée uniquement par l'idée de nécessité. Actuellement seule la prise à partie dont

on connaît les difficultés est prévue en matière de détention préventive abusive.

Voilà, brièvement résumé, en quoi consiste cette peine. Elle est particulièrement dure et c'est sous cet angle que nous allons maintenant l'étudier.

SECTION II. — *La détention préventive
est une peine très dure*

45. — On ne doit pas être étonné d'une telle affirmation après ce que nous avons vu des caractères spéciaux du jugement de mise en détention préventive, en particulier du fait que le jugement comporte de grandes chances d'erreur. Cette dureté de la peine est parfois si prononcée que l'on en arrive à de véritables injustices comme le fera ressortir l'étude des trois points suivants : La détention préventive rompt l'équilibre au détriment des intérêts de la défense, elle risque d'influencer les juges du fond, elle peut avoir un but illégal : l'intimidation du prévenu. Il n'y a pas à parler de l'innocence possible du détenu puisque la mise en détention préventive ne s'effectue qu'après un jugement :

46. — A) La détention préventive rompt l'équilibre contre l'intérêt de la défense.

On doit toujours s'efforcer de maintenir la balance égale entre l'accusation et la défense. Ce système était poussé au maximum avec la procédure accusatoire : accusateur et défenseur étaient posés

absolument sur un même pied d'égalité et le juge ne faisait qu'écouter les adversaires et rendre sa sentence une fois sa conviction faite. L'équilibre se rompt avec la procédure inquisitoire. Certes le prévenu peut essayer par tous moyens, de faire éclater son innocence. Mais il est moins bien outillé que le juge d'instruction qui possède les moyens les plus modernes et les plus complets d'investigation. Il se trouve donc dans une position nettement désavantageuse. Le juge d'instruction doit bien mettre tout en œuvre pour faire éclater la vérité quelle qu'elle soit : culpabilité ou innocence du prévenu. Mais il dirigera son instruction dans le sens qu'il jugera opportun, c'est-à-dire en suivant son idée et ses soupçons propres. Il la guidera dans le sens de la recherche d'un coupable quelconque, alors que le prévenu la guiderait dans le sens de la recherche exclusive de sa propre innocence.

Cette rupture d'équilibre qui est inhérente au système inquisitoire même trouvera son plein développement lorsque l'inculpé est détenu.

La rupture d'équilibre qui, jusque là, tenait surtout à un élément psychologique, va tenir en plus lorsque le prévenu sera incarcéré à un élément matériel : l'impossibilité pour le détenu d'agir à sa guise, de mener son enquête personnelle.

47. — B) La détention préventive risque d'influencer les juges du fond.

Nous avons vu que le sentiment unanime du public était frappé du fait de l'incarcération. Les magistrats, quoique mis en garde par leur pratique contre de tels entraînements, n'y restent cependant pas complètement insensibles. Ce n'est pas juridique mais c'est humain ; c'est toujours un bon point pour un prévenu de se présenter d'une manière correcte, vêtu décemment, en un mot, marquant bien. La détention préventive, si rapide qu'elle ait été, laisse toujours des marques physiques : vêtements défraîchis, propreté plus ou moins nette, etc. Dès l'abord, le prévenu fera une impression moins bonne qu'un prévenu libre. D'autre part, l'idée que le détenu a déjà fait de la prison s'alliera automatiquement dans l'esprit des juges, si avertis soient-ils, avec la notion de culpabilité. La détention préventive a une influence néfaste sur les intérêts du prévenu.

48. — C) Enfin, la détention préventive risque d'être une peine carrément injuste.

La tentation est très forte, pour un juge d'instruction persuadé de la culpabilité d'un prévenu, de se servir de la mise en détention préventive comme d'un moyen d'intimidation. Il y a pour cela deux méthodes, si l'on peut dire : soit menacer le détenu de la détention préventive s'il n'avoue pas, tout en lui laissant entendre que s'il avoue il restera en liberté jusqu'au jour du jugement, soit le mettre en

état de détention préventive et s'efforcer par de nombreux interrogatoires de briser sa résistance et de l'amener à avouer en lui promettant à la rigueur sa mise en liberté provisoire après l'aveu. Il est inutile de dire que ces pratiques sont totalement illégales et pratiquement inconnues au moins dans toute leur étendue. C'est cependant un danger certain de la détention préventive et qui peut se glisser, à l'insu du juge d'instruction lui-même, dans les éléments de sa décision.

49. — *Conclusion.* — Nous voici arrivés au terme de cet essai de théorie générale de la détention préventive. Nous avons étudié ce qu'est en réalité la détention préventive. Nous nous sommes trouvés devant un jugement qui tenait compte de certains éléments ayant trait soit à ce que l'on peut appeler en gros la moralité du prévenu, soit aux charges plus ou moins lourdes qui pèsent sur celui-ci, soit enfin à des éléments sociaux totalement étrangers aux rapports du prévenu, du juge d'instruction et de la recherche de la vérité : nous avons étudié la peine qui résulte de ce jugement et nous avons vu en quoi elle est spécialement dure. Munis de ces données, il faut se demander s'il n'y a pas de limitation à apporter dans la détention préventive.

59. — Nous savons que la formule idéale relative à la peine, formule dont l'application pratique absolue est impossible à réaliser, mais dont nous devons nous rapprocher le plus possible est : « pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile ». Il semble que nous puissions affirmer que la détention va directement à l'encontre de cette double formule. Nous avons vu que la détention préventive frise souvent l'injustice par sa dureté. Souvent elle est inutile en ce sens qu'elle pourrait être remplacée par d'autres mesures, disons d'autres peines moins rigoureuses. Nous n'avons pas à étudier ici les substituts que l'on pourrait trouver à la détention préventive. Ils sont nombreux : surveillance, cautionnement, contrôle périodique, etc. Il faudrait la restreindre soit quant aux infractions desquelles elles pourraient résulter, soit quant aux prévenus auxquels elle pourrait s'appliquer. Et nous pensons plus particulièrement en disant cela à la détention préventive des mineurs. Ni le code pénal ni le code d'instruction criminelle n'établissent de règles spéciales pour ceux-ci. Même un mineur de 13 ans, qui ne peut être condamné à aucune peine, d'après la loi du 22 juillet 1912, s'il y a prévention de crime, peut être retenu dans une maison d'arrêt. Il n'y a pas, si l'on veut, détention préventive à proprement parler, mais il y a là quelque chose qui en est bien proche. Il est anormal de constater cette absence totale de réglementation sur un point aussi important.

Au reste, les limitations à la détention préven-

tive se trouvent effectivement sinon dans le Code d'Instruction criminelle, du moins dans l'esprit et la conscience des juges d'instruction. On pourrait souhaiter que ce ne soit pas là la seule limite et qu'il se trouve dans le code une barrière au pouvoir pratiquement illimité du juge d'instruction.

DEUXIÈME PARTIE

LE RÉGIME ACTUEL

INTRODUCTION HISTORIQUE

51. — Avant de commencer l'étude du régime actuel, il est bon de le situer dans le temps, c'est-à-dire, de faire un rapide résumé de l'évolution historique de la détention préventive. Nous ne ferons que dégager les très grands traits de cette histoire, sans nous appesantir sur les détails qui ne trouveraient leur place que dans une étude approfondie.

52. — La détention préventive est une institution qui apparaît dans toutes les législations de l'antiquité. La procédure accusatoire, qui fut longtemps seule en usage, la tradition et les coutumes ne comportaient guère l'emprisonnement préalable de l'individu soupçonné tandis que son maintien en liberté garanti par des serments et des cautions était la règle.

53. — Au contraire, lorsqu'à la longue la procédure inquisitoire entra dans les mœurs, la détention préventive se généralisa et des restrictions croissantes furent apportées à la mise en liberté provisoire. Cette évolution est normale : avec la procédure accusatoire, il doit y avoir égalité complète entre l'accusation et la défense ; la liberté est donc le droit commun. Elle devient l'exception avec la procédure inquisitoire.

54. — Nous constatons cette évolution chez les Romains. A l'origine, la procédure était essentiellement accusatoire et l'accusé comparaissait librement devant le peuple romain assemblé dans ces Comices. La liberté provisoire, dont la loi des XII tables fait mention, était accordée en principe à l'intéressé même dans le cas d'une accusation capitale. Au contraire, pour un individu ne jouissant pas du titre de citoyen, l'emprisonnement préalable était obligatoire.

55. — Le droit d'accusation étant de plus en plus négligé, l'Empire fut amené à charger un magistrat de procéder à l'information et la détention préventive, moyen pratique de mettre le prévenu à sa disposition, devint d'un usage de plus en plus fréquent.

56. — La détention préventive disparut dans les pays que les invasions arrachèrent à l'Empire d'Oc-

cident par suite du retour au système accusatoire résultant de la substitution des coutumes germaniques au droit romain.

57. — Pendant les cinq premiers siècles de notre histoire, la Gaule partagea le sort de Rome. Mais l'Empire s'affaiblit et les Gaulois durent avoir recours aux Francs et aux Wisigoths pour repousser Attila. Après Tolbiac, sous la protection de la force franque, s'opéra la fusion rapide des Gallo-Romains et des Francs. Ceux-ci ne connaissaient que la procédure accusatoire et la liberté fut de nouveau la règle.

58. — A la longue, cependant, l'usage de la détention préventive se répandait, mais le droit à la liberté sous caution était formulé à maintes reprises dans les Capitulaires. L'inculpé demeura libre, qui ne se présentait pas au jour dit et sans excuses était aussitôt mis hors la loi.

59. — Dans les cours féodales, l'accusation n'appartenait qu'à la partie lésée ou à ses proches, mais l'usage s'établit d'incarcérer les individus gravement soupçonnés. Si aucun accusateur ne se présentait dans le délai d'un an et un jour, le prévenu était définitivement remis en liberté. A côté de la « prise », ainsi nommait-on cette incarcération, existait la « recreance », c'est-à-dire la liberté sous caution. D'après les coutumiers, la recreance ne pou-

vait toutefois être accordée si l'accusé encourait la « perte de vie ou membre ».

60. — Vers la fin du xii^e siècle, la procédure inquisitoire, en vigueur depuis longtemps devant les juridictions ecclésiastiques, commença à être employée devant les juridictions laïques.

Au xiv^e siècle, la dénonciation remplaçait la plupart du temps l'accusation. Les interrogatoires, le récolement des témoins exigeaient la présence de l'inculpé dans la prison et la procédure devenait écrite, contradictoire et secrète. C'est à cette époque que le Ministère public fit son apparition. Une ordonnance de 1347 chargeait en effet les procureurs du roi de rechercher les crimes et délits et d'en poursuivre la répression.

61. — La mise en liberté provisoire ne pouvait être accordée pour les crimes graves. La détention préventive apparaissait comme un moyen efficace d'obtenir l'aveu de l'inculpé au cours de l'instruction préparatoire et, sous l'influence croissante du droit romain, on en revenait à l'emploi de la torture.

62. — Le mode inquisitoire reçut consécration par l'Ordonnance de Montil-les-Tours (1498), qui prévoyait l'emploi soit de la procédure ordinaire qui comportait la possibilité pour l'inculpé de bénéficier dans certains cas d'une mise en liberté sous caution, soit de la procédure extraordinaire qui com-

portait la torture ; la détention préventive était alors imposée par la nécessité de la présence constante de l'inculpé à toutes les phases de l'instruction.

63. — L'Ordonnance de Villers-Cotterets sur le fait de la Justice (1539) édicte, en matière de détention préventive des règles qui furent conservées sans grand changement par l'ordonnance criminelle de 1670.

64. — Cette dernière ordonnance resta en vigueur durant 120 ans et nous retrouvons dans nos codes certaines de ses dispositions. Elle prévoyait le décret de « prise de corps » qui entraînait la détention préventive lorsque l'inculpé décrété d'ajournement personnel n'avait pas comparu, lorsque les charges révélaient un crime passible d'une peine afflictive ou infamante, ou lorsque le délit avait été commis par des non-domiciliés, des gens sans aveu ou des domestiques ;

65. — La liberté provisoire n'était plus accordée que dans des cas très rares ; elle devait toujours être garantie par une caution et faire l'objet d'une ordonnance du juge. Cependant certaines garanties étaient données aux inculpés ; ils devaient être interrogés au plus tard 24 heures après la prise de corps, et ils pouvaient à ce moment demander leur mise en liberté provisoire s'ils remplissaient toutefois les conditions exigées. Des mesures étaient pré-

vues contre l'abus des longues détentions préventives.

66. — Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, le mouvement philosophique et encyclopédique en France et à l'étranger, l'engouement pour les institutions anglaises, inspirèrent les projets de réforme agités dans les salons ; pour la liberté individuelle, on était prêt à sacrifier la défense de la société.

67. — Dès août 1789, l'Assemblée Constituante s'empessa de proclamer le principe de la liberté individuelle dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Cette déclaration toute théorique devait rapidement être suivie de réalisations positives.

68. — Les premières réformes se firent dans le cadre de l'ordonnance de 1670. Le décret de juillet 1791 maintint la détention préventive en matière de crime, mais il prévoyait, pour les délits, la mise en liberté du prévenu, à condition qu'il fournît une caution dont le minimum était fixé à 3.000 livres et le maximum à 20.000.

69. — Ce fut la loi des 16-29 septembre 1791 qui abrogea l'ordonnance de 1670. La mise en liberté provisoire était accordée de droit et sans conditions aux prévenus quand il s'agissait de délits passibles d'amendes ou d'emprisonnement. Pour un délit ex-

posant simplement à une peine infamante, le prévenu n'obtenait son élargissement provisoire qu'en versant une caution pour laquelle n'étaient prévus ni maximum ni minimum. La détention préventive continuait à être obligatoire quand les faits entraînaient une peine afflictive et infamante.

70. — Par un contraste singulier, les principes libéraux de la loi ne se retrouvèrent guère dans l'application. Jamais il ne fut fait aussi bon marché de la liberté individuelle que sous la Convention et la Terreur.

71. — Un léger retour en arrière fut marqué dès l'An IV (loi du 3 Brumaire) ; la détention préventive en matière correctionnelle était prévue dans le cas d'un délit passible d'un emprisonnement de plus de trois jours. Toutefois, si le délit n'exposait le prévenu qu'à une peine simplement infamante, ce dernier pouvait être laissé en liberté à condition de fournir une caution fixée uniformément à 3.000 livres.

72. — Le retour en arrière s'accentua encore avec la loi du 29 Thermidor An IV, qui prévoyait des tarifs de cautionnement variables suivant les délits et qui excluait les vagabonds et gens sans aveu du bénéfice de la liberté provisoire.

73. — Avec le XVIII^e siècle, prenait fin la période de tâtonnements de l'ère révolutionnaire. Le

Consulat, puis l'Empire, procédant à une refonte méthodique de nos institutions, allaient faire une œuvre durable.

LE DÉCRET-LOI DU 18 NOVEMBRE 1939

74. — En 1808, le Code d'Instruction criminelle reprit sans beaucoup la retoucher l'ordonnance de 1670. Nous arrêtons ici notre historique, car les lois qui ont successivement régi notre matière depuis cette époque sont trop intimement liées au décret-loi de 1939 pour qu'on puisse les en détacher sans craindre les redites. C'est à l'occasion de chaque réforme apportée par le décret-loi que nous ferons un bref aperçu de l'évolution qui s'est poursuivie depuis 1808.

75. — Depuis 1808, toutes les réformes s'étaient orientées vers un libéralisme croissant si bien qu'on avait abouti en 1933 à un régime à ce point libéral que son exagération dans ce sens en compromettrait le bon fonctionnement dans l'application. Aussi, la loi de 1935 marque-t-elle déjà une première hésitation. Les graves événements de 1939 achevèrent de discréditer ce régime et le décret-loi de 1939 revint aux solutions établies par la loi de 1865 et qui se présentent comme un moyen terme entre les dispositions du Code d'Instruction criminelle et celle de 1933, moyen terme qui avait déjà été atteint par la loi du 14 juillet 1865.

76. — Ce retour aux solutions de la loi du 14 juillet 1865 explique que le décret-loi de 1939 n'ait été précédé d'aucun travail préparatoire. Le législateur de 1939 a fait œuvre de compilation plutôt qu'œuvre d'originalité. Seul un rapport annexé au décret-loi nous donne quelque précision sur le but recherché par celui-ci. La brièveté du texte nous permet de le reproduire in extenso :

« Les lois de 1933 et 1935 ont apporté aux dispositions du Code d'Instruction criminelle relatives à la détention préventive diverses modifications qui, par les nombreuses formalités qu'elles imposent, compliquent considérablement les procédures d'information et en retardent le règlement. Les inconvénients qui en résultent paraissent particulièrement graves à l'heure actuelle. Les transfèrements d'inculpés détournent de devoirs plus pressants de nombreux agents de la force publique. Les communications de dossiers entraînent des lenteurs et comportent des risques de perte.

« Mais surtout le formalisme rigoureux imposé aux juges d'instruction dont la mobilisation a réduit considérablement le nombre, détourne ces magistrats de leur véritable mission qui est la recherche de la vérité, et entrave la marche des informations. Or, il importe plus que jamais, à l'heure présente, que la répression des crimes et des délits soit assurée de façon rapide et efficace.

« Une simplification des règles de procédure

s'impose donc et le projet de décret que nous avons l'honneur de soumettre à votre haute approbation a pour objet de la réaliser.

« Elle n'entraîne au surplus aucun amoindrissement réel des garanties légales de la liberté individuelle puisqu'en tout état de cause, prévenu ou accusé détenu préventivement, conserve le droit de former une demande de liberté provisoire, dont l'examen demeure soumis au contrôle de la cour d'appel. »

77. — Nous sommes donc en possession des raisons de ce décret : simplification des règles de procédure, lutte contre le formalisme imposé aux juges par les lois de 1933 et de 1935.

Tout au long de ce rapport, on a l'impression qu'il ne contient qu'une loi de circonstance qui n'est pas destinée à survivre aux événements qui l'ont fait naître. C'est du moins ce qui ressort de ce passage :

« Mais surtout le formalisme rigoureux imposé aux juges d'instruction dont la mobilisation a réduit considérablement le nombre, détourne ces magistrats de leur véritable mission. »

Ne serait-on pas tenté d'en conclure qu'après le rétablissement de la paix et le retour à une situation normale, on devra revenir tout naturellement à la situation antérieure et que ce décret-loi n'est qu'une de ces nombreuses dispositions éphémères

rendues sous la pression des événements et dont l'on s'affranchit aussi rapidement que possible ? Nous ne le pensons pas. Peut-être que dans l'esprit du législateur la réforme ne devait être que passagère, mais les circonstances actuelles nous imposent son maintien. Au surplus, l'allègement apporté à la tâche des juges d'instruction par l'abrogation de ce qui restait de la loi de 1933 joint aux bons résultats qui se manifestent dans l'application du décret-loi de 1939, empêcheront sans doute toute velléité de retour aux dispositions précédentes.

78. — Cette idée que le législateur de 1939 a fait œuvre définitive nous amène à négliger certaines dispositions qui ont à l'heure actuelle une certaine importance mais qui, elles, sont certainement éphémères. En nous exprimant ainsi, nous pensons par exemple à la loi du 3 septembre 1940 sur la compétence, modifiée par la loi du 22 novembre 1940. Cette loi règle le cas où, à la suite de la division de notre pays en zone occupée et zone non occupée, la juridiction compétente pour connaître d'une mise en liberté provisoire est dans une zone et l'inculpé dans l'autre. Cette situation anormale disparaîtra avec la ligne de démarcation et c'est pourquoi nous la négligerons pour nous en tenir strictement au décret-loi de 1939.

79. — Ce décret-loi renverse le principe posé par la loi de 1933 : la mise en liberté provisoire de

droit cesse d'être la règle et constitue de nouveau l'exception. La durée de la détention préventive devient donc normalement indéfinie et la demande de mise en liberté provisoire reprend toute l'importance qu'elle avait perdue sous l'empire des deux lois précédentes. Notre décret-loi n'a pas touché directement à la mise en liberté d'office. Il a cependant eu sur elle certaines répercussions qu'il nous faudra étudier. Enfin, le décret-loi s'est attaqué à la réforme des voies de recours et, sous ce rapport, il s'est quelque peu éloigné de l'idée de simplification qu'il s'était donnée comme base.

80. — Nous diviserons donc cette partie en quatre chapitres.

CHAPITRE PREMIER. — *Durée indéfinie de la détention préventive.*

CHAPITRE II. — *La mise en liberté provisoire sur demande.*

CHAPITRE III. — *La mise en liberté d'office.*

CHAPITRE IV. — *Les voies de recours.*

CHAPITRE PREMIER

DURÉE INDÉFINIE DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

81. — Le nouvel article 113 du Code d'Instruction criminelle contient la réforme capitale, introduite par le décret-loi du 18 novembre 1939. Il pose le principe de la durée indéfinie de la détention préventive.

SECTION I. — *Les lois antérieures au décret-loi de 1939*

§ 1. — *Le Code d'Instruction criminelle*

82. — Le Code d'Instruction criminelle s'était montré particulièrement sévère sur ce point :

Art. 113 : « La liberté provisoire ne pourra
« jamais être accordée au prévenu quand le titre de
« l'accusation impliquera une peine afflictive ou
« infamante. » Il n'y avait pas davantage de liberté
de droit en matière correctionnelle (art. 114), mais

simplement une mise en liberté provisoire sur demande et encore sous certaines conditions (fournir caution, n'être pas un repris de justice, etc.). L'article 131, resté sans changement, admettait tout de même que si le délit n'était pas punissable de prison, le prévenu serait mis en liberté. C'était bien le moins que l'on puisse admettre même en un temps où un régime particulièrement autoritaire ne faisait que peu de cas de la liberté individuelle. Il n'y avait donc en pratique aucune limite au droit du juge d'instruction sur la liberté du prévenu. Dès que le juge d'instruction pensait que l'individu soupçonné devait être incarcéré, il l'ordonnait et la détention préventive n'avait d'autre limite que la fin du procès.

83. — Un tel régime qui cadrerait bien avec l'esprit de l'Empire, ne pouvait indéfiniment se maintenir sans changement. La vague de libéralisme qui, en réaction contre la Restauration en France et contre la Sainte Alliance dans toute l'Europe, s'abattit sur le monde au xix^e siècle, devait toucher tous les domaines et le problème de la liberté individuelle allait tout naturellement se poser. Ce n'est cependant que dans la deuxième moitié du xix^e siècle que des réformes commencèrent à aboutir. Elles furent d'abord mesurées, ce n'est que beaucoup plus tard qu'elles devinrent fortement outrancières. C'est en 1865, par la loi du 14 juillet, que le point que nous étudions fut modifié.

§ 2. — *La loi de 1865*

84. — Ce fut cette loi de 1865 qui introduisit dans notre législation une mise en liberté automatique qui ne demande l'intervention d'aucun des intéressés. Mais c'était alors une institution exceptionnelle ne jouant que quand certaines conditions particulièrement favorables au prévenu étaient réunies. Tout d'abord, cette disposition ne pouvait fonctionner qu'en matière correctionnelle, le prévenu devait être domicilié, encourir un maximum de deux ans d'emprisonnement. Enfin il fallait qu'il s'agisse d'un délinquant primaire, c'est-à-dire (art. 113, dernier alinéa) n'ayant été condamné ni pour crime ni à un emprisonnement de plus d'une année. C'était une excellente réforme. Elle évitait les deux extrêmes. D'une part, elle ne laissait pas une entière liberté au juge d'instruction dans le cas où l'inculpé méritait a priori une certaine indulgence. D'autre part elle n'admettait cette mise en liberté de droit que dans des cas suffisamment restreints pour laisser aux juges une large autonomie de mouvement.

85. — Mais toute idée libérale a une puissance d'extension considérable surtout lorsqu'elle est née d'une réaction contre un état de choses ancien. Au système de contrainte et d'autorité va se substituer un nouveau système de libéralisme de plus en plus grand. De nombreux projets furent déposés tendant

à élargir plus ou moins considérablement la brèche ouverte en 1865. Citons par exemple un projet sénatorial de 1882 ou le système proposé par la société des prisons en 1901 (Rev. pénit. 1901, p. 1160). Tous ces projets ont eu pour but de limiter au moins dans le temps les pouvoirs du juge d'instruction. Cependant, dans le domaine que nous étudions actuellement, aucun projet n'aboutit. Sans doute avait-on conscience de la juste mesure contenue dans la loi de 1865. Mais il est difficile de s'arrêter quand on s'est engagé dans la voie du libéralisme. Les idées continuèrent à évoluer dans le sens du libéralisme qui atteint à son apogée avec le début du ^{xx}^e siècle. C'est Clemenceau qui, en 1907, déposa un projet qui ne fut mis au point que 25 ans plus tard et devint la loi du 7 février 1933.

§ 3. — *La loi de 1933*

86. — La loi de 1933 s'est servie de l'idée contenue dans la loi de 1865, c'est-à-dire de l'idée de mise en liberté de droit quand certaines conditions sont remplies. Seulement elle ne s'est pas contentée de pousser plus largement la porte ouverte en 1865. Elle a renversé le principe posé par cette loi et a fait de la liberté de droit, non une exception ce qu'elle n'aurait jamais dû cesser d'être, mais la règle générale, l'exception devenant la prolongation de la détention préventive. Suivant les inculpés et les in-

culpations, la durée de la détention préventive varie. Il peut y avoir mise en liberté de droit immédiate. Il faut pour cela que l'inculpé ait un domicile, que la peine encourue soit inférieure à deux ans d'emprisonnement, qu'il soit délinquant primaire, c'est-à-dire n'ayant été condamné ni pour crime ni pour un emprisonnement de plus de trois mois sans sursis pour délits de droit commun. En tout autre cas ou matière, la libération est de droit au bout de 5 jours. La détention préventive peut se prolonger pendant 15 jours si l'inculpé n'a pas de domicile en France, s'il n'est pas délinquant primaire, si sa fuite est à craindre, s'il est dangereux pour la sécurité publique enfin, et cette formule, par son élasticité, donne toute latitude au juge d'instruction pour affirmer qu'il en est ainsi, si son maintien en liberté est de nature à nuire à la manifestation de la vérité. Enfin, si l'instruction exige une plus longue détention, ce sera la chambre du conseil qui statuera. Cette chambre du conseil était totalement différente de celle instituée par le Code d'Instruction criminelle et supprimée en 1856. L'article 117 précisait que la chambre du conseil était formée du Président du Tribunal ou, en cas d'empêchement, par le magistrat appelé à le remplacer. La prolongation se faisait dans la même forme chaque mois.

87. — Cette loi de 1933 qui avait mis 25 ans à voir le jour, fut l'objet de critiques immédiates, una-

nimes et méritées, et dut être revue de fond en comble 25 mois seulement après sa promulgation. La mise en liberté de droit immédiate se révéla impossible à cause du temps indispensable aux diverses vérifications, le renouvellement de la détention préventive chaque mois entraînait des va-et-vient sans nombres, etc... C'est ce qui donna naissance à la loi du 5 mars 1935, qui marque un retour en arrière.

§ 4. — *La loi de 1935*

88. — La mise en liberté de droit immédiate a disparu. La première mise en liberté de droit a lieu 5 jours après la première comparution, si le maximum de la peine encourue est de 2 ans d'emprisonnement, si l'inculpé est délinquant primaire (non condamné pour crime ou à une emprisonnement de moins de 3 mois pour délit de droit commun). Dans les autres cas, la mise en liberté a lieu quinze jours après l'interrogatoire. Toutefois, le juge d'instruction peut prolonger d'un mois si certaines conditions sont remplies : pas de domicile certain en France, danger de fuite, etc... Après quoi le juge d'instruction peut encore la renouveler pour un mois, sous réserve d'appel possible. Si une détention préventive plus longue s'impose, alors c'est à la chambre des mises et non plus à la chambre du conseil (dont la réapparition fut éphémère) de l'or-

donner et cela pour le temps qu'il lui plaira. Pour terminer ce tableau d'ensemble, il faut ajouter que les lois de 1933 et 1935 contenaient des dispositions spéciales sur la prolongation de la détention préventive après ordonnance de renvoi.

89. — Ce qui frappe dans ce bref résumé, c'est la complication croissante de toutes ces dispositions. Les principes sont clairs : soit le principe de la détention préventive à durée indéterminée, soit celui de la mise en liberté obligatoire au bout d'un certain temps. Mais dès qu'on entre dans les détails on se trouve devant des systèmes d'une extrême complexité. La simple vérification de situation donnant droit à tel ou tel délai était un véritable problème qui retardait d'autant la marche de la vérité. La complication était à son comble dans la loi de 1933. La simplification de 1935 était insuffisante. La nécessité d'aller vite amenée par la guerre de 1939 a fait ressortir les inconvénients du système ; une réforme s'imposait. Elle s'est accomplie d'autant plus facilement qu'en temps de guerre la discipline est plus stricte, la valeur de la liberté individuelle moins grande et surtout que les yeux sont fixés sur d'autres objets. Et c'est pourquoi, d'un seul coup, sans rencontrer la moindre opposition, un décret-loi a démoli l'édifice péniblement construit en 25 ans d'efforts.

SECTION II. — *Le décret-loi du 18 novembre 1939*

§ 1. — *Le principe*

90. — L'article 113 nouveau porte : « En toute matière, le juge d'instruction pourra, sur la demande de l'inculpé, ordonner qu'il sera mis provisoirement en liberté ».

En d'autres termes, une fois l'individu mis en état de détention préventive, la durée de celle-ci est normalement indéfinie et se prolonge jusqu'au jugement définitif. Nous en revenons donc au principe posé par la loi de 1865 et abandonné par celles de 1933 et 1935 : pouvoir discrétionnaire du juge d'instruction. Nous pouvons remarquer que l'article 113, § 1, est la copie exacte de l'article 113, § 1, tel qu'il était rédigé sous l'empire de la loi de 1865. Sans être la copie textuelle de l'alinéa 2 ancien, l'alinéa 2 nouveau répète exactement les mêmes choses en y ajoutant quelques précisions supplémentaires.

§ 2. — *La mise en liberté de droit au bout de cinq jours*

91. — L'article 113, alinéa 2, s'occupe de la liberté de droit qui est prévue, mais réduite à un

rôle d'institution exceptionnelle. Ce n'est que dans un seul cas que la mise en liberté sera de droit.

C'est, dit l'article 113, « en matière correctionnelle, cinq jours après l'interrogatoire de première comparution en faveur du prévenu domicilié en France, quand le maximum de la peine prononcée par la loi sera inférieur à deux ans d'emprisonnement ».

« La disposition qui précède », ajoute le texte, « ne s'appliquera ni aux individus déjà condamnés pour crimes, ni à ceux déjà condamnés à un emprisonnement de plus de trois mois sans sursis pour délit de droit commun. »

Ce texte appelle les remarques suivantes : tout d'abord, il n'y a plus de mise en liberté de droit en matière criminelle. C'est normal. Qu'en matière criminelle, le juge d'instruction mette de lui-même le détenu en liberté, c'est naturel. Mais que la loi, qui ne peut discriminer, l'oblige à le faire, c'était là une inconséquence et une absurdité. L'article 113 § 2, précise qu'il s'agit de l'interrogatoire de première comparution. Cela n'avait pas été précisé dans la loi de 1865, ni dans celle de 1933. La doctrine avait été amenée à se demander s'il s'agissait de l'interrogatoire de première comparution ou du premier interrogatoire portant sur le fond, auquel cas les limitations prévues étaient à la disposition du juge d'instruction. La loi de 1935 avait déjà tranché ce débat, l'article 113 nouveau ne fait que la suivre.

92. — L'article 113 n'accorde cette faveur de mise en liberté de droit qu'au prévenu domicilié en France. Il s'agit évidemment du domicile au sens de l'article 102 du Code civil. La loi de 1865, qui prévoyait déjà l'exigence d'une condition de domicile, a fait l'objet d'une circulaire de la Chancellerie du 14 octobre 1865 qui est significative à cet égard. « Le domicile », affirme-t-elle, « se recon-
« naît en droit criminel aux mêmes caractères qu'en
« droit civil. Les articles 40, 91 ancien, 68, 109 du
« Code d'Instruction criminelle, faisaient déjà res-
« sortir la différence qui a existé de tous temps entre
« le domicile auquel sont attachés certains privilè-
« ges et la simple résidence ou la dernière habita-
« tion. »

La loi de 1865 ne précisait pas que le domicile devait se trouver en France. C'est cependant là une précaution élémentaire, tant pour pouvoir retrouver l'individu que comme assurance contre le danger de fuite, qui prendrait dans le cas contraire des proportions considérables. Cette simple considération suffirait pour affirmer qu'il s'agit bien là du domicile et qu'une simple résidence même prolongée ne suffirait pas. Le domicile est une sorte de garantie morale sur laquelle s'appuie la confiance de la loi.

93. — L'article 113 exige de l'inculpé, pour qu'il puisse bénéficier de la mise en liberté de droit, qu'il soit un délinquant primaire, c'est-à-dire, d'a-

près ce texte, qu'il n'ait pas été condamné pour crime ni à un emprisonnement de plus de trois mois sans sursis pour délit de droit commun. La loi de 1865 ne parlait pas de sursis et pour cause, puisque cette institution n'a été introduite dans notre législation qu'en 1891. Nous remarquons que le décret-loi de 1939 est plus sévère que la loi de 1865, en n'accordant les mises en liberté de droit qu'aux individus ayant été condamnés à moins de trois mois d'emprisonnement, alors que la loi de 1865 imposait aux individus la condition de n'avoir pas été condamnés à plus d'un an.

Le dernier alinéa de l'article 113 met au singulier « délit de droit commun ». On peut se demander ce qu'il en serait d'un inculpé déjà plusieurs fois condamné, mais à moins de trois mois d'emprisonnement chaque fois et dont la somme des condamnations formerait un total de plus de trois mois. La loi de 1865 parlait simplement d'un emprisonnement pour délits de droit commun. Il semble donc bien qu'il n'y ait point d'équivoque, quoique les travaux préparatoires de cette loi ne mentionnent pas la difficulté. La loi de 1935 met le mot « délit » au singulier. On peut soutenir qu'il s'agit là d'une simple inadvertance, alors qu'au contraire le législateur de 1933 avait dû penser à la difficulté en mettant « délits » au pluriel. Le décret-loi de 1939 n'a fait que copier la loi de 1935 sur ce point. Nous pensons donc qu'un inculpé totalisant une série de condamnations dont le total dépasserait

trois mois d'emprisonnement doit être déchu de son droit à la mise en liberté au bout de cinq jours. Toutefois, à notre connaissance, cette question n'a pas été résolue par la jurisprudence.

94. — Lorsque ces conditions favorables sont réunies, l'inculpé doit être libéré « cinq jours après l'interrogatoire ». Cette dernière phrase nous indique que le « dies a quo » n'est pas compris dans le délai (pas plus, et ceci est sous-entendu, que le temps qui s'est écoulé entre l'arrestation du prévenu et son interrogatoire par le juge d'instruction). L'inculpé doit être libéré le cinquième jour suivant le jour de l'interrogatoire. Autrement dit, le « dies ad quem » est compris dans le délai. Si par exemple l'inculpé est arrêté un samedi, il devra être relâché le jeudi suivant. S'il a été arrêté à l'étranger à la suite d'une demande d'extradition, la détention préventive court du jour de l'incarcération dans la prison étrangère. Le délai de cinq jours est alors tout à fait théorique, à cause des lenteurs de la procédure d'extradition.

95. — Quoique l'article 113 affirme formellement que la mise en liberté au bout de cinq jours est de droit, il semble bien cependant que le juge d'instruction devra rendre une ordonnance pour cette mise en liberté. On ne voit pas, s'il en était autrement, comment l'inculpé qui n'aurait pas effectivement été mis en liberté, pourrait faire respec-

ter son droit. Cette solution, qui paraît s'imposer, est cependant peu en harmonie avec le texte lui-même. Il y a là quelque chose d'incomplet, d'inachevé. Du reste, cela ne donne lieu en pratique à aucune difficulté le juge d'instruction mettant toujours le détenu en liberté quand les conditions sont réalisées.

96. — Nous venons de voir le fond même du décret-loi : faire de la mise en liberté de droit, une institution exceptionnelle, refaire de la détention préventive à durée illimitée la règle générale qu'elle représentait avant la loi de 1933. Mais est-ce que pour cela les intérêts de l'inculpé sont sacrifiés ? A cette question, le rapport annexé au décret-loi nous répond : « Aucun amoindrissement réel des garanties légales de la liberté individuelle, puisqu'en « tout état de cause le détenu conserve le droit de « former une demande de mise en liberté provisoire « dont l'examen demeure soumis au contrôle de la « Cour d'appel. » C'est cette demande de mise en liberté provisoire, qu'il nous faut maintenant examiner.

CHAPITRE II

LA DEMANDE DE MISE EN LIBERTÉ

SECTION I. — *L'évolution générale*

97. — L'évolution générale de cette question est semblable dans son rythme à celle de la durée de la détention préventive : le Code d'Instruction criminelle très strict, trop strict, puis, à partir de l'époque que les historiens nomment l'Empire libéral, les étapes successives vers le libéralisme marqué par les lois de 1865, 1897, 1912, 1917, la loi trop libérale de 1933, le léger retour en arrière de 1935, enfin le décret-loi de 1939.

§ 1. — *Le Code d'Instruction criminelle*

98. — Dans le Code de 1808, la demande de mise en liberté provisoire ne pouvait être faite qu'en matière correctionnelle (art. 144 C.I.c.). C'était la Chambre du Conseil et non le juge d'instruction qui statuait sur cette demande et satisfaction ne pouvait

être donnée sans le dépôt d'une caution qui devait garantir la représentation du détenu à tous les actes de procédure et l'exécution du jugement. La mise en liberté provisoire pouvait être demandée en tout état de cause, mais ni les vagabonds, ni les repris de justice n'étaient admis à formuler pareille demande. La demande devait être notifiée à la partie civile qui pouvait faire opposition. La loi fixait dans l'article 119 le taux du cautionnement et le prévenu ne devait être mis en liberté provisoire qu'après avoir élu domicile dans le lieu où siégeait le tribunal correctionnel. Donc, réglementation très stricte de cette demande de mise en liberté provisoire, qui ne pouvait être faite que sous certaines conditions nettement définies.

99. — La loi de 1856 enlève à la Chambre du Conseil le pouvoir de statuer sur la demande de mise en liberté provisoire et le transfère au juge d'instruction.

§ 2. — *La loi de 1865 et les lois suivantes*

100. — La loi libérale de 1865 élargit considérablement le domaine de la mise en liberté provisoire sur demande. C'est en toute matière que l'inculpé peut demander sa mise en liberté provisoire ; elle pourra être subordonnée à un cautionnement, mais cette condition n'est plus obligatoire. C'est au

juge d'instruction qu'il appartiendra de décider de sa nécessité ou de son inutilité. C'est de même ce magistrat qui en fixe la quotité. Dans l'article 115, la loi de 1865 prévoyait formellement la révocation possible de la mise en liberté provisoire en cas de circonstances nouvelles et graves. Dans le silence du code de 1808, ce principe avait déjà été dégagé par la doctrine. La mise en liberté provisoire pouvait toujours être demandée en tout état de cause, mais aucune voie de recours n'était ouverte contre le refus de mise en liberté provisoire. La jurisprudence avait déjà comblé cette lacune et la loi de 1865 l'entérine. Nous trouvons donc dans cette loi de 1865 tous les principes qui nous régissent à l'heure actuelle. Nous verrons du reste en entrant dans le détail qu'il n'y a pas que les principes qui soient similaires.

101. — Les lois des 25 novembre 1912 et 22 décembre 1917, ont précisé à quelle juridiction devait être adressée une demande de mise en liberté provisoire, suivant les différentes hauteurs de la procédure.

102. — Il était difficile, en matière de demande de mise en liberté provisoire, d'aller plus loin que ne l'avait fait la loi de 1865. Aussi la loi de 1933 et celle de 1935 n'y ont-elles rien ajouté de neuf. Elles se contentent de préciser certains points qui avaient donné lieu à des difficultés et que nous n'avons pas

à envisager ici. Mais il ne faut pas oublier que sous le règne de ces deux lois la demande de mise en liberté provisoire était très rare puisque le principe était la mise en liberté de droit.

Après ce bref résumé de l'évolution de la législation depuis 1808, passons à l'étude de la législation actuelle telle qu'elle résulte du décret-loi de 1939.

SECTION II. — *Le décret-loi de 1939*

103. — Avant d'entrer dans l'étude détaillée des dispositions du décret-loi relatives à la demande de mise en liberté provisoire, il convient de faire une importante remarque préliminaire. Ces questions de demande de mise en liberté provisoire font rarement l'objet de difficultés dans la pratique. Une demande n'est rejetée que s'il existe un motif tel que bien souvent le détenu s'abstiendra de la formuler. L'appel est rare et presque automatiquement confirme la décision du juge d'instruction, le pourvoi en cassation, quoique rétabli, reste inconnu. La bonne entente, en règle générale, règne entre les juges d'instruction et les avocats chargés de la défense. Ceux-là font connaître à ceux-ci si une demande de mise en liberté provisoire aboutira ou non. L'avocat en avertit son client qui, en général, suit son conseil et s'abstient si le juge a laissé entendre qu'il refuserait. De même, peu de difficultés en pratique entre le juge d'instruction et le ministère public. Celui-ci fait connaître au juge d'instruction qu'il ferait appel si une demande de mise en liberté provisoire était accordée. Par exemple, à Paris, le ministère public s'oppose toujours à une mise en liberté provisoire dans une affaire d'atten-

tat aux mœurs. Le juge d'instruction suit presque toujours les indications du ministère public.

104. — Faut-il en déduire que les règles que nous allons étudier n'ont pas d'intérêt ? En aucune manière. En effet, si les difficultés sont rares, elles ne sont cependant pas inconnues et dans une matière comme celle de la liberté individuelle, il est indispensable de savoir les résoudre. Il faut, d'autre part, abstraction faite de toute idée de difficulté, connaître les règles qui dominent la matière. C'est à leur explication que nous allons passer.

§ 1. — *Le principe*

105. — L'article 113, § 1, pose le principe :
« En toute matière, le juge d'instruction pourra,
« sur la demande de l'inculpé et sur les conclusions
« du Procureur de la République, ordonner que
« l'inculpé sera provisoirement mis en liberté, à
« charge par celui-ci de prendre l'engagement de
« se présenter dans tous les actes de la procédure et
« pour l'exécution du jugement aussitôt qu'il en se-
« ra requis. »

106. — En toute matière : il y a donc là pouvoir discrétionnaire absolu du juge d'instruction. Nous ne retrouvons pas la limitation aux matières correctionnelles que nous avons rencontrées dans le code de 1808,

107. — Quant à la demande de l'inculpé, il semble bien qu'il devrait l'établir entièrement de sa main ou tout au moins la signer. Or, telle n'est pas la solution unanimement admise par les juges d'instruction, sans du reste qu'il y ait une règle fixe. Cela varie selon les barreaux et même à l'intérieur d'un même barreau suivant les juges d'instruction. Certains exigent que l'inculpé lui-même ait signé sa demande. D'autres se contentent d'une demande émanant de son défenseur. D'autres enfin, d'une simple demande de l'un quelconque des membres de sa famille. On ne peut que constater ces divergences sans pouvoir les expliquer : la règle de l'article 113 est cependant formelle : il exige une demande de l'inculpé. Cette demande est adressée au juge d'instruction sans qu'une forme particulière soit exigée : une simple lettre est suffisante. Il n'y a même pas besoin de papier timbré.

108. — Le juge d'instruction, nous dit le texte, ne peut statuer que sur les conclusions du Procureur de la République. L'article 113 ne précisant rien, il importe donc peu que ces conclusions soient conformes ou non. Le Code d'Instruction criminelle précise toujours lorsqu'il s'agit de conclusions conformes : par exemple dans l'article 94 sur la mainlevée des mandats de dépôt ou d'arrêt. Nous avons vu qu'en pratique le juge d'instruction s'inclinera le plus souvent devant des conclusions non conformes. La chambre des mises en accusation, 99 fois

sur 100, réforme une ordonnance du juge d'instruction rendue sur des conclusions non conformes.

109. — L'article 118 reproduit l'article 125 et retrouve ainsi la place que lui avait enlevée la loi de 1933 :

« La demande de mise en liberté provisoire sera « notifiée à la partie civile à son domicile ou à celui « qu'elle aura élu ». Cette notification fera courir le délai de 24 heures dont elle jouit, pour présenter des observations écrites. A défaut de notification à la partie civile, la demande de mise en liberté provisoire sera déclarée irrecevable. En pratique, l'inculpé justifie de la notification en joignant à sa demande l'original de l'exploit de notification. Si la partie civile n'habite pas dans l'arrondissement où se fait l'instruction et n'y a pas élu domicile, alors, d'après l'article 68 du Code d'Instruction criminelle, la notification est inutile. On peut toutefois se demander si, étant donné la forme de l'article 118 « à son domicile ou à celui qu'elle aura élu », une notification n'est pas de toute façon nécessaire. Il sera toujours plus prudent pour l'inculpé de notifier, même en cas de non élection de domicile.

§ 2. — *Les conditions*

110. — Si le juge d'instruction est prêt à octroyer la liberté provisoire, cette mise en liberté sur

demande est soumise à trois conditions, dont deux seulement sont obligatoires : l'élection de domicile et l'engagement de se présenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement, et une facultative : le cautionnement.

111. — A) *Election de domicile.*

Le détenu, préalablement à sa mise en liberté provisoire, doit, par acte reçu au greffe, « élire domicile » soit dans « le lieu où siège le juge d'instruction s'il est inculpé, soit dans celui où siège la juridiction saisie du fond de l'affaire s'il est prévenu ou accusé ». On peut remarquer que l'actuel article 113 ne répète pas cette condition comme le faisait l'ancien article 117 qui portait : « La mise en liberté provisoire peut être autorisée à charge par l'inculpé d'élire domicile au siège du tribunal ou de la cour ». Cela ne signifie pas que cette condition soit abrogée. La raison en est simplement que là comme en maints endroits le législateur de 1939 a recopié le texte du législateur de 1865 qui n'avait pas fait figurer cette condition dans l'article 113, sans doute volontairement, puisqu'il y aurait double emploi avec l'article 121.

112. — B) *Engagement du détenu.*

Il y a une seconde condition obligatoire : prendre un engagement. C'est plus strict que ce qui est prévu dans l'article 94, pour la mainlevée du man-

dat d'amener ou de dépôt. L'article 94 autorise la mainlevée « à charge par l'inculpé de se représenter « à tous les actes de procédure et pour l'exécution « du jugement, aussitôt qu'il en sera requis ». Il n'y est pas question d'engagement spécial. Au contraire, dans l'article 113, la loi exige un engagement formel. Cet engagement devrait être pris devant la juridiction qui statue sur la demande. Mais la loi n'ayant pas prévu de forme spéciale pour cet engagement cette disposition de la loi reste lettre morte ; on se demande du reste quelle pourrait bien être son utilité.

113. — C) *Le Cautionnement*. — Il y a enfin une condition facultative, c'est-à-dire laissée à la libre appréciation du juge d'instruction : c'est le cautionnement. C'est l'article 114 qui l'énonce :

« La mise en liberté provisoire pourra, dans « tous les cas où elle n'est pas de droit, être subor- « donnée à l'obligation de fournir un cautionne- « ment. » Il semblerait, d'après ces termes généraux, que la condition du cautionnement trouve sa place aussi bien dans la mise en liberté accordée sur demande du détenu que dans la mise en liberté provisoire d'office. C'est cependant plus que douteux. Nous étudierons cette question avec la mise en liberté d'office, mais il était normal de la signaler ici.

Nous n'avons pas à étudier en quoi consiste le

cautionnement, question à laquelle aucune modification n'a été apportée par le décret-loi de 1939. Seule l'affectation du cautionnement a été modifiée. On sait que le cautionnement a pour abjet une double garantie : d'une part la représentation de l'inculpé aux actes de procédure et pour l'exécution du jugement, et, d'autre part, le paiement de certains frais : frais faits par la partie publique, avancés par la partie civile, enfin et ceci est nouveau, restitution et dommages et intérêts. La portée du cautionnement, large en 1808, s'était restreinte en 1865 où il ne garantissait plus les paiements des réparations civiles. Avec le décret-loi de 1939, nous en sommes revenus à la règle de 1808 avec cette seule différence que l'ordonnance de mise en liberté provisoire divise le cautionnement en deux parties, ce qui évite toutes les discussions qui étaient nées sous l'empire du Code quant à la question de savoir exactement quelle était l'affectation du cautionnement.

Cette affectation aux restitutions et dommages-intérêts est peut-être une chose bonne en soi. Mais elle est difficilement justifiable en théorie. En effet, lorsque le juge d'instruction octroie une liberté provisoire sous caution, il y a une espèce de subrogation : le cautionnement remplace en tous points l'individu. Son sort devrait être le même que ce qu'aurait été celui du condamné. Il est anormal de le voir affecté à un intérêt privé quel qu'il soit. Quoi qu'il en soit, depuis le décret-loi de 1939, le cautionnement garantit actuellement et les restitutions et les

dommages-intérêts. L'article 123 nouveau est la répétition de l'article 123 ancien avec la simple addition des restitutions et dommages-intérêts.

115. — Quelle est la valeur pratique du cautionnement ? Il est exceptionnel que les juges d'instruction se servent de la faculté qui leur est laissée de subordonner la liberté provisoire à un cautionnement. Dans les rares cas où ils l'ordonnent, il s'agit presque toujours d'un détenu étranger. Sans doute doit-on voir dans cette coutume, un souvenir de la « cautio judicatum solvi ». Sans doute aussi les magistrats considèrent-ils que cela remplace l'attachement à notre pays, qui est souvent peu vivace en eux.

116. — Il est bien entendu que les trois conditions que nous venons d'étudier sont les mêmes, que la demande soit adressée à l'une quelconque des juridictions qui sont appelées à connaître les demandes de mise en liberté provisoire. Si nous avons toujours mentionné le juge d'instruction, c'est que nous y avons été poussés par la rédaction même des articles 113 et 114. Cette rédaction est mauvaise. En effet, l'article 113 pose les conditions de la liberté provisoire dans le cas particulier où la demande est adressée au juge d'instruction. La règle générale se trouve dans l'article 116, § 1 et 2. Cette règle générale aurait dû logiquement trouver sa place dans l'article 113 avant l'étude des règles particulières re-

latives au cas où l'instruction est entre les mains du juge d'instruction. Si, en pratique, on ne se trouve en présence d'aucune difficulté, c'est en tout cas une méthode particulièrement inélégante d'étudier l'application d'une règle avant la règle elle-même. Tout en s'inspirant aussi largement qu'il l'aurait voulu de la loi de 1865, le législateur n'était tout de même pas tenu de répéter jusqu'aux erreurs de plan.

§ 3. — *La demande de mise en liberté provisoire*

117. — Nous venons de voir ce qu'était la demande de mise en liberté provisoire, comment elle était formée, à quelles conditions elle pouvait être accordée. Maintenant la question se pose : quand la demande de mise en liberté provisoire doit-elle être formulée, et corrélativement à qui doit-elle être adressée ?

118. — L'article 116 contient une formule d'une extrême généralité et d'une grande simplicité :

« La mise en liberté provisoire peut être demandée en tout état de cause, par tout inculpé, prévenu ou accusé et à toute période de procédure. »
Nous sentons ici encore les inconvénients de la faute de plan que nous signalions plus haut (n° 116) : l'article 113 semble dire que le juge d'instruction se trouve être toujours compétent pour toute demande

de mise en liberté provisoire. Evidemment cette interprétation ne tient pas devant l'article 116, § 2. Tout ce que l'on peut en déduire c'est que l'article 113 est mal rédigé.

Les autres alinéas de l'article 116 ont trait à l'application du principe énoncé à l'alinéa 1. Nous les reverrons par la suite.

119. — A) *Quand peut-on faire la demande ?*

La mise en liberté provisoire peut être demandée en tout état de cause. Cette disposition se trouvait déjà dans le Code de 1808 pour les cas où l'on pouvait demander la mise en liberté provisoire. C'était l'article 114 dernier alinéa. Il disait même : « ne pourra être demandée et accordée ». Cette inutile redondance a disparu de la loi de 1865. Cette disposition a été maintenue dans les lois de 1933 et 1935. Nous en déduisons une conséquence très remarquable. La loi ne précisant pas à partir de quel moment la demande de mise en liberté provisoire peut être formée, on doit en conclure qu'elle pourrait être demandée et, le cas échéant, accordée avant même l'arrestation du prévenu en vertu du mandat décerné contre lui.

120. — La mise en liberté provisoire peut être demandée par l'inculpé, prévenu et accusé et en toute période de procédure. Remarquons que ce dernier membre de phrase fait double emploi avec « en

tout état de cause ». Le législateur a montré par là qu'il tenait essentiellement à ce qu'aucune hésitation possible ne régnât sur un tel point. Pour une fois qu'il n'a pas suivi pas à pas son guide habituel de 1865, il n'est arrivé qu'à faire un pléonasme. Il faut avouer que le résultat n'est pas encourageant. En tout cas, cela montre bien son état d'esprit : s'il a refait de la mise en liberté de droit une condition d'exception, il a tenu cependant à ce que la liberté individuelle soit suffisamment protégée. Donc tout détenu quel qu'il soit et à n'importe quel moment de sa détention, peut faire une demande de mise en liberté provisoire.

121. — B) *A qui doit-on faire la demande ?*

Les alinéas suivants de l'article 116 précisent à qui doit être adressée la requête, ce point variant selon la hauteur de la procédure à laquelle le détenu se trouve au moment de sa demande. A cet égard, le Code de 1808 n'avait édicté aucune règle et, devant cette carence, la jurisprudence aurait dû édifier un système qu'entérina la loi de 1865. On s'était demandé ce qui arriverait quand la chambre du conseil, plus tard le juge d'instruction, était dessaisi. Continuait-elle, nonobstant son désaïssement, à pouvoir se prononcer sur les demandes de mise en liberté provisoire, ou, au contraire, était-ce la nouvelle juridiction saisie qui était compétente ? D'après la rédaction de l'article 114, c'est la première solu-

tion qui aurait dû prévaloir. L'article 114 portait en effet :

« La chambre du conseil pourra ordonner que
« le prévenu sera mis provisoirement en liberté. »

Cependant, surtout pour des raisons d'ordre pratique, la solution inverse avait prévalu. C'est cette solution que reprit la loi de 1865 qui prévoyait expressément certains cas. Par exemple, elle donnait compétence à la chambre des mises en accusation depuis que celle-ci était saisie de l'instruction jusqu'à l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises. Mais certaines situations avaient échappé au législateur, entre autres celles où intervient une décision d'incompétence. La loi de 1933 a comblé ces lacunes. La loi de 1935 a repris les dispositions de la loi de 1933. Le décret-loi de 1939 a profité des progrès ainsi faits sur la loi de 1865 et a réuni les solutions dans le nouvel article 116, alors qu'en 1935 elles se trouvaient dans l'article 117 qui traitait de la question avant l'ordonnance de renvoi et de l'article 118 qui en traitait postérieurement à cette ordonnance. Cette disposition était normale sous l'empire de la loi de 1935, puisque l'article 118 décidait qu'à partir de l'ordonnance ou de l'arrêt de renvoi il n'y avait plus à tenir compte des articles 113 et 114 du Code d'Instruction criminelle. Comme actuellement la détention préventive a une durée normalement indéfinie, cette disposition ne présente plus d'intérêt et il était donc logique de réunir en un seul article

les dispositions relatives à la juridiction devant laquelle est portée la requête. Voyons rapidement les solutions.

122. — L'article 116, § 2, nous donne la règle générale.

« La requête est formée devant la juridiction
« soit d'instruction, soit de jugement qui est saisie
« de la poursuite. »

Aussi la juridiction devant laquelle on portera la demande variera avec la période de la procédure dans laquelle on se trouve. Le plus souvent, ce sera au juge d'instruction que la demande sera adressée. Ce pourra être également à la chambre des mises, au tribunal correctionnel, à la Chambre des appels correctionnels, à la cour d'assises. Cette formule, si générale soit-elle, n'englobe pas tous les cas et la suite de l'article 116 envisage les autres situations.

Tout d'abord, l'article 116 prévoit le cas où, après renvoi de l'accusé devant la cour d'assises, celle-ci n'est pas en session. Dans ce cas, c'est à la chambre des mises en accusation qu'il appartiendra de statuer. En cas de pourvoi en cassation (art. 116, § 3), la requête sera jugée par la juridiction qui a connu en dernier lieu de l'affaire au fond : la cour de cassation n'est en effet pas saisie du litige mais d'une question de droit, ce n'est donc pas à elle de statuer sur une demande de mise en liberté provisoire. La fin de l'alinéa prévoit le cas où il y a pour-

voi en cassation, dans l'intervalle des sessions d'assises. Dans ce cas, comme précédemment, c'est encore à la chambre des mises qu'il appartiendra de statuer. Enfin, il se peut qu'une juridiction se déclare incompétente. Dans ce cas, pendant un certain temps, il n'y a aucune juridiction saisie. Faut-il décider qu'alors aucune demande ne pourrait être faite par le détenu ? C'eût été aller contre l'esprit général du système. Le dernier alinéa de l'article 116 décide en ce cas que ce sera à la juridiction qui s'est déclarée incompétente à statuer sur la requête ; solution curieuse mais nécessaire.

123. — En résumé, toute demande de mise en liberté provisoire, devant pouvoir être formée à un moment quelconque, elle est portée ou devant la juridiction actuellement saisie, ou, en cas d'impossibilité quelconque, par la dernière juridiction qui a connu, à tort ou à raison, de l'affaire. On peut se demander si ce système est très heureux. Pendant un même procès, la juridiction devant laquelle est présentée la demande varie. Telle juridiction peut refuser de prendre en considération une demande de mise en liberté provisoire. Telle autre, possédant exactement les mêmes données, tranchera le problème d'une manière diamétralement opposée. Même si cela, et tel est le cas, ne se produit pas dans la pratique, cette possibilité de contrariété de décision est quelque peu choquante pour l'esprit. Nous pensons qu'il vaudrait mieux que ce soit la même

autorité qui, tout au long d'un procès, juge la demande de mise en liberté provisoire. L'idée même d'un changement possible de décision peut amener un détenu à multiplier ses demandes de mise en liberté provisoire et annihiler ainsi toutes les simplifications résultant du décret-loi de 1939. Sous l'empire de la loi de 1935, périodiquement la question de mise en liberté provisoire était examinée. Il était rare, dans ces conditions, que dans les intervalles un détenu songe à demander sa mise en liberté. Il n'en est plus ainsi et la tentation peut être grande pour un détenu de faire une nouvelle demande chaque fois que la juridiction qui l'examine aura changé. Si le cas était fréquent, on retomberait dans un système tout à fait analogue à celui de 1935.

124. — L'article 117 nous dit qu'il sera statué sur cette demande de mise en liberté provisoire sur simple requête, en chambre du conseil le ministère public entendu. Sur simple requête, c'est-à-dire sans formalité. Nous avons vu qu'une simple lettre du détenu ou quelquefois d'un tiers suffit. L'article 117 exige l'audition du ministère public. C'est une nouveauté. En effet, la loi de 1935 exigeait les conclusions écrites du ministère public. Actuellement il suffirait de conclusions orales. Mais il est plus que certain que l'ancienne pratique continuera, c'est-à-dire que le ministère public mettra ses conclusions au bas de la requête. Il n'est pas nécessaire, du moins en théorie, pour que la mise en liberté

provisoire soit prononcée, que les conclusions du Procureur de la République soient conformes. L'inculpé peut, à l'époque de sa requête, fournir des observations écrites. A ces observations correspondant, nous l'avons vu, les observations écrites que, d'après l'article 118, est admise à fournir la partie civile. L'ancien article 118 disait qu'il serait statué sur cette demande dans le plus bref délai. Le décret-loi a supprimé cette inutile formule.

§ 4. — *Réincarcération du détenu libéré*

125. — Nous avons vu dans quelles conditions un détenu peut établir une demande de mise en liberté provisoire, à qui il doit l'adresser, quelle en est la procédure. La juridiction saisie de la demande a le choix entre deux solutions : ou accorder la mise en liberté provisoire ou la refuser. Supposons tout d'abord que la mise en liberté provisoire soit accordée. Nous reverrons avec l'importante question des voies de recours l'effet soit du délai d'appel, soit de l'appel lui-même. Mettons-nous dans l'hypothèse où le détenu est rendu à la liberté. Peut-il être à nouveau incarcéré à tout moment, ou des conditions spéciales sont-elles exigées pour cette réincarcération ?

126. — Les articles 115 et 125 répondent à cette question. Au lieu de voir celle-ci réglée dans un même article, nous en trouvons la solution dans

l'article 115 pour la période où la procédure est dirigée par le juge d'instruction et dans l'article 125, plus général, qui reprend en partie l'article 115 et prévoit les cas où il s'agit de liberté provisoire accordée par le tribunal ou la cour. Ces deux articles gagneraient en clarté à être fondus en un seul mieux rédigé. L'article 115 nouveau est la répétition intégrale de l'article 115 sous la forme qu'il avait prise en 1865. Les lois de 1933 et 1935 avaient repris l'idée en complétant les lacunes de la loi de 1865. Voici l'article 119, rédaction 1935 :

« La mise en liberté provisoire, soit de plein
« droit, soit facultative, a toujours lieu sans préju-
« dice du droit pour le juge d'instruction ou la ju-
« ridiction du jugement et dans l'intervalle des ses-
« sions d'assises pour la chambre des mises en accu-
« sation de décerner sur les réquisitoires du minis-
« tère public un nouveau mandat, si l'une des con-
« ditions prévues au dernier alinéa de l'article 113
« vient de se réaliser ou si des circonstances nou-
« velles et graves rendent cette mesure nécessaire,
« ou si le prévenu dûment cité ou ajourné ne com-
« paraît pas. Le même droit appartiendra au cas de
« décision d'incompétence à la juridiction dont elle
« émane, jusqu'à ce que la juridiction compétente
« ait été saisie. Toutefois, si la liberté provisoire a
« été accordée par la chambre des mises en accusa-
« tion, réformant l'ordonnance du juge d'instruc-
« tion, ce magistrat ne pourra décerner un man-
« dat qu'autant que la cour sur les réquisitions écri-

« tes du ministère public aura retiré à l'inculpé le
« bénéfice de sa décision. »

C'était là, réunis en un seul texte, les articles
115 et 125 actuels.

127. — Cet article visait expressément la mise
en liberté facultative et la mise en liberté de droit.
Nous pensons qu'actuellement l'article 115 vise uni-
quement la liberté provisoire facultative. Remar-
quons en effet que le nouvel article 115 ne s'est pas
contenté d'écarter la double allusion à la liberté pro-
visoire de droit et à la liberté facultative, mais en-
core que cette faculté de révoquer la mise en liberté
provisoire de droit était en relation étroite avec l'ar-
ticle 113, 3^e alinéa, qui prévoyait les cas dans les-
quels le juge d'instruction pouvait augmenter d'un
mois la durée de la détention préventive. Une telle
disposition ayant disparu, et pour cause, dans le
décret-loi de 1939, il semble raisonnable d'admettre
que le nouvel article 115 ne s'applique qu'à la mise
en liberté provisoire facultative. C'est d'autant plus
raisonnable que, dans le cas de mise en liberté de
droit, on est en présence de délinquants que l'on
peut légitimement penser assez peu coupables. Si,
d'autre part, on l'appliquait à cette liberté, il serait
trop facile de tourner la loi. C'est un motif de plus
pour n'accorder cette mise en liberté que dans des
hypothèses très restreintes et très favorables. Aussi,
est-ce avec raison que le décret-loi de 1939 s'est mon-
tré plus sévère sous ce rapport que la loi de 1865.

128. — L'article 115 ne s'applique donc qu'à la mise en liberté provisoire facultative. Celle-ci n'étant accordée que dans un état de fait donné, il est normal que, celui-ci se modifiant au désavantage de l'inculpé, ce dernier puisse être incarcéré à nouveau. C'est ce que nous dit l'article 115 :

« Circonstance nouvelle et grave rendant cette nouvelle mesure nécessaire. » Comme circonstance de ce genre, on peut imaginer « les préparatifs de fuite, les aliénations frauduleuses de la fortune de l'inculpé, les tentatives d'intimidation ou de séduction (sic) des témoins » (circulaire du Garde des sceaux du 14 octobre 1865). Cette faculté laissée au juge est, quoi qu'il en paraisse, tout à l'avantage des détenus. Le juge d'instruction hésitera moins à les laisser en liberté provisoire, s'il sait pouvoir les remettre, quand ce sera nécessaire, à la disposition de la justice. Il faut que les circonstances nouvelles soient réellement graves. S'il n'en était pas ainsi, l'inculpé incarcéré pourrait faire une nouvelle demande de mise en liberté provisoire, et sur son refus, porter l'affaire devant la chambre des mises. Dans la pratique, du reste, les difficultés sur ce point, sont inexistantes. Les juges d'instruction n'accordent en effet la liberté provisoire que s'ils ont des raisons extrêmement sérieuses. Il est rare qu'un individu libéré dans ces conditions fasse un usage tel de cette liberté qu'une réincarcération devienne nécessaire.

129. — L'article 119, rédaction 1935, prévoyait les cas où la mise en liberté provisoire était accordée par une autre juridiction que le juge d'instruction. L'article 115 nouveau n'en fait plus mention. En faut-il déduire qu'il n'y a plus de révocation possible lorsque la liberté provisoire a été accordée par une de ces juridictions ? Certainement pas. Nous avons déjà remarqué la rédaction vicieuse de l'article 113 qui semble faire une règle générale de ce qui, en réalité, n'est qu'une application de l'article 116, al. 2. Cette interprétation s'appuie de plus sur l'article 125 qui pose la règle de la révocation de la liberté provisoire en cas de non comparution du détenu libéré. Cet article mentionne expressément :

« Le juge d'instruction, le tribunal ou la cour, selon les cas ». Il envisage dans son deuxième alinéa l'hypothèse d'une décision d'incompétence et répète ce qui était dit dans l'article 116. N'eût-il pas été plus clair de poser simplement que la révocation de la mise en liberté provisoire devait émaner de la juridiction qui avait statué en premier ressort sur cette mise en liberté provisoire ?

130. — Notons la place étrange de l'article 125. Non content d'avoir divisé en deux l'article 119, rédaction 1935, le législateur de 1939 a placé ces deux articles à des endroits inattendus. L'illogisme de la place de l'article 115 s'explique par l'illogisme de celle de l'article 113. Quant à l'article 125, c'est à une trop grande imitation de la loi de 1865 qu'il doit

de se trouver là. Le législateur du décret-loi aurait été mieux inspiré en laissant toutes ces dispositions dans un même article, quitte à laisser l'article 125 sans emploi.

131. — L'article 125 mentionne comme cause possible d'une révocation de mise en liberté provisoire la non comparution de l'inculpé cité ou ajourné. Nous pensons que c'est étroitement en liaison avec les circonstances nouvelles et graves de l'art. 115 en ce sens qu'il s'agit d'une sanction d'un état de fait nouveau. Autrement dit, lorsque l'inculpé présente une excuse valable de sa non comparution, la réincarcération ne peut être ordonnée. Ce sera, par exemple, le cas de maladie dûment constatée. Mais cet article 125 ne fait pas double emploi avec l'article 115, il a en plus, une légère nuance répressive, une simple négligence par exemple qui ne pourrait être retenue comme circonstance nouvelle et grave le sera dans le cas de l'article 125.

L'article 125 ne mentionne pas le mandat d'amener parmi les moyens que la juridiction d'instruction ou de jugement possède pour mettre l'inculpé à sa disposition. C'est sans doute parce que ce mandat n'a de raison d'être que pendant l'instruction. Dans le cas où le mandat d'amener s'avère nécessaire, c'est que la non comparution de l'inculpé est chose grave. La juridiction trouve alors son pouvoir de coercition, non dans l'article 125, mais dans l'article 115.

132. — La révocation de la mise en liberté provisoire ne fait pas obstacle, le cas échéant, à une nouvelle demande ni à une nouvelle obtention. C'est ce que l'on doit décider en présence de la généralité de l'article 116, § 1, et l'absence de toute disposition contraire.

133. — L'article 115 contient dans son deuxième alinéa une dernière disposition qui vise le cas où l'ordonnance du juge d'instruction refusant la mise en liberté provisoire a été réformée par la chambre des mises en accusation. Dans ce cas, le juge d'instruction ne peut décerner un nouveau mandat qu'autant que la chambre des mises en accusation sur les réquisitions écrites du ministère public aura retiré à l'inculpé le bénéfice de sa décision; c'est une disposition parfaitement logique. En effet, le juge d'instruction n'est pas dessaisi de l'instruction. Il serait cependant anormal qu'il puisse prendre une décision identique à celle infirmée par un juge supérieur. Aussi exige-t-on que la chambre des mises autorise le juge d'instruction à agir, en retirant à l'inculpé le bénéfice de sa décision. Cette manière de procéder présente un danger : le temps qu'exige cette formalité et qui peut être mis à profit par l'inculpé alors qu'il est urgent de l'empêcher d'abuser de sa liberté. Cependant cette disposition n'a jamais donné lieu à des difficultés pratiques, pas plus sous l'empire de la loi de 1865 que sous celui des lois de 1933 ou 1935.

§ 5. — *Renouvellement de la demande
de mise en liberté provisoire*

134. — Après avoir étudié le cas où la liberté provisoire a été accordée, il nous reste à envisager l'hypothèse inverse. La juridiction saisie a refusé la mise en liberté provisoire. Quels sont les moyens d'action de l'inculpé ? Tout d'abord, et c'est une question que nous retrouverons plus tard, il peut faire appel. Mais en dehors de ce recours, a-t-il d'autres moyens à sa disposition ? Oui. Il peut renouveler sa demande. Nous n'avons ici aucun texte réglementant l'exercice de ce droit, ni même affirmant son existence. Mais cela ne peut faire et n'a effectivement jamais fait aucun doute. L'article 116 dit simplement :

« La mise en liberté provisoire peut être de-
« mandée en tout état de cause et en toute période
« de procédure. »

Cette affirmation implique bien que le détenu n'est pas limité à une seule demande. Tout ceci est parfaitement concevable, quand l'instruction fait apparaître des raisons militant en faveur de l'innocence du prévenu. C'est beaucoup plus curieux quand l'instruction piétine ou quand elle découvre de nouvelles charges contre l'inculpé. Alors même, après un premier refus, le détenu pourra renouveler

sa requête. Nous avons vu que la juridiction statuant sur cette requête change suivant l'état de la procédure. Le détenu pourra espérer un changement de décision, même si les choses sont restées en l'état.

Mais peut-on jamais dire que les choses sont restées en l'état ? Avec la détention préventive, le facteur temps interviendra toujours et la durée de la détention préventive peut paraître un jour disproportionnée avec le délit commis. Ces considérations peuvent amener le détenu à multiplier les appels contre les divers refus qu'il essuie. Ce pouvoir de l'inculpé est en quelque sorte le pendant du pouvoir de la justice de le faire incarcérer à tout moment. Mais de même que la réincarcération d'un détenu libéré est soumise à certaines conditions, n'aurait-on pas dû subordonner une nouvelle demande de l'inculpé à quelque changement survenu dans sa situation, tel que la découverte d'un fait nouveau à sa décharge ? Notre décret-loi supprime en effet tout renouvellement périodique de la détention préventive dans un but de simplification et il laisse à la disposition du détenu la faculté de compliquer la procédure, autant et même plus que sous le régime des lois de 1933 et 1935. Cela s'explique parce que le législateur de 1939 supprimant ce renouvellement périodique de l'étude du cas du détenu n'a pas voulu priver celui-ci de la seule garantie efficace qu'il conserve contre l'arbitraire des juges. Il est du reste très exceptionnel dans la pratique, de voir un détenu user plusieurs fois de la faculté qui

lui est ainsi libéralement accordée. Il use déjà rarement de la faculté d'appel dont il connaît le résultat presque toujours négatif. Aussi, à plus forte raison, n'use-t-il pas de celle de renouvellement de sa demande.

CHAPITRE III

LA MISE EN LIBERTÉ D'OFFICE

135. — La loi du 4 avril 1855 qui avait modifié le Code d'Instruction criminelle en admettant que le juge d'instruction pouvait de lui-même donner mainlevée des mandats de dépôt ou d'arrêt qu'il avait décernés, exigeait pour cela les conclusions conformes du Procureur impérial. La loi de 1933 avait introduit et la loi de 1935 avait maintenu une mise en liberté d'office sur simples conclusions du ministère public.

L'article 117, rédaction 1935, s'exprimait ainsi :
« La mise en liberté provisoire, lorsqu'elle n'est pas
« de droit, peut être autorisée, même d'office, par
« le juge d'instruction sur les conclusions du mi-
« nistère public, à charge, etc... »

136. — C'était la simple répétition de l'article 115, rédaction 1933. Cette disposition était en complet désaccord avec l'article 94 du Code d'Instruction criminelle, qui n'avait pas été modifié par la loi de 1933, pour le mettre en harmonie avec les nouveaux textes. L'article 94 portait :

« Dans le cours de l'instruction, il (le juge
« d'instruction) pourra, sur les conclusions confor-
« mes du procureur impérial et quelle que soit la
« nature de l'inculpation, donner mainlevée... ».

En bon sens, il aurait fallu décider que la rédaction de l'article 117 était une simple erreur et que l'article 94, plus sévère, était le seul à appliquer.

Ce n'était cependant pas la solution qui avait prévalu et l'on admettait qu'il n'était pas nécessaire que les conclusions du procureur de la République fussent conformes. C'était aller directement à l'encontre de l'article 94. Aussi le décret-loi de 1939 a-t-il fait disparaître cette contradiction et dès lors, l'article 94 seul est à suivre. Son commentaire sortirait du cadre de notre étude. Il y a cependant quelques remarques à faire qui se rattachent étroitement au décret-loi de 1939.

137. — Malgré les termes absolus de l'article 94, il est très facile d'éviter, si l'on a quelque raison de le faire, les conclusions conformes. Le juge d'instruction peut inciter l'inculpé, soit directement, soit par l'intermédiaire de son avocat, à former une demande de mise en liberté provisoire. On retombe alors sous le coup de l'article 113 qui n'exige que les simples conclusions du procureur de la République. On n'arrive cependant pas par ce moyen à tourner complètement la loi, puisque l'on se trouve alors dans le cas de mise en liberté provisoire sur

demande et que le ministère public dispose de l'appel et éventuellement du pourvoi en cassation.

138. — On peut se demander si, actuellement, la mise en liberté d'office peut être subordonnée à un cautionnement. L'hésitation naît de ce que l'article 114 nouveau est conçu en des termes très généraux :

« La mise en liberté provisoire pourra, dans
« tous les cas où elle n'est pas de droit, être subor-
« donnée à l'obligation de fournir un cautionne-
« ment. »

La mise en liberté d'office paraît bien y être comprise. Nous ne pensons cependant pas que ce soit la solution à adopter. Il faut en effet tenir compte du fait que les articles 94 et 114 du Code d'Instruction criminelle ne font pas partie du même chapitre. L'article 94, dans le chapitre qui traite « des mandats de comparution, de dépôt, d'amener, et d'arrêt », donne au magistrat instructeur un pouvoir discrétionnaire, un pouvoir administratif. Le cautionnement ne saurait y trouver place. Au contraire, l'article 114 doit se lire en liaison avec l'article 113, et ne doit s'appliquer qu'à la mise en liberté sur demande.

139. — Il convient enfin de faire une dernière observation, relative à l'article 94 : l'initiative de cette mise en liberté provisoire d'office peut émaner

soit du juge d'instruction, soit du procureur de la République. Seul l'accord de ces deux volontés est nécessaire pour cette mise en liberté. Nous devons donc, à notre sens, en conclure, nonobstant l'article 115 nouveau, qu'un même accord de volonté est nécessaire pour réincarcérer l'individu bénéficiaire de cette mise en liberté. C'est une simple application du principe du parallélisme des formes.

CHAPITRE IV

LES VOIES DE RECOURS

140. — Un bouleversement du régime de la détention préventive comme celui qui résulte du décret-loi de 1939 devait amener un égal bouleversement dans les voies de recours. Aussi, le législateur de 1939 nous a-t-il donné des règles nouvelles en cette matière. L'appel en matière de liberté provisoire avait été enlevé à la partie civile par les lois de 1933 et 1935 qui l'avaient réservé à l'inculpé et au ministère public. Le décret-loi de 1939 le lui rend. La question de l'appel étant ainsi envisagée dans un cas particulier, tout naturellement l'attention du législateur s'est portée sur la question à la fois plus générale et plus restreinte des appels des ordonnances du juge d'instruction : plus générale puisqu'il s'agit de toutes les ordonnances du juge d'instruction en quelque matière qu'elles interviennent ; plus particulière, puisqu'il ne s'agit que des ordonnances du juge d'instruction et non des ordonnances des autres juridictions statuant sur la demande de mise en liberté provisoire. Nous n'envisagerons bien entendu, la réforme apportée à l'ar-

ticle 135 que dans ses rapports avec la détention préventive et non pour l'ensemble des ordonnances du juge d'instruction.

141. — Quelles sont les voies de recours contre une ordonnance prise en matière de détention préventive ? Il y en a deux : une voie de recours ordinaire : l'appel, et une voie de recours extraordinaire : le pourvoi en cassation. Dans le droit commun, nous trouvons souvent une troisième voie de recours : l'opposition. Mais la procédure par défaut ne se conçoit pas dans notre matière puisque la juridiction est saisie par une requête du détenu. Elle ne se conçoit pas, quelle que soit la juridiction saisie, juge d'instruction, chambre des mises, tribunal correctionnel, chambre des appels correctionnels ou cour d'assises.

SECTION I. — *L'Appel*

142. — Cette matière importante en théorie, moins importante, mais cependant nécessaire en pratique est réglée actuellement par les articles 119 et 135 nouveaux du Code d'Instruction criminelle. L'article 119 prévoit l'appel en matière de liberté provisoire quelle que soit la juridiction saisie. L'article 135 étudie les appels des ordonnances du juge d'instruction en général. La méthode la plus simple consiste à étudier séparément ces deux articles. Nous leur consacrerons à chacun un paragraphe.

§ 1. — *L'article 119 du Code d'Instruction criminelle*

143. — L'article 119 est ainsi conçu :

« L'appel devra être formé dans un délai de
« 24 heures qui courra contre le procureur de la
« République, à compter du jour de l'ordonnance
« ou du jugement et contre l'inculpé ou la partie
« civile à compter du jour de la notification. L'ap-
« pel sera consigné sur un registre tenu au Greffe
« à cet effet.

« Le procureur général aura le droit d'appel
« dans les formes et délais prescrits par les trois
« derniers paragraphes de l'article 135. »

144. — Quelles remarques appelle ce texte ? Tout d'abord, étant donné sa place, on voit qu'il vise les articles 113 à 117 ou, en résumé, l'article 116, § 1, qui pose le principe que la mise en liberté provisoire peut être demandée en tout état de cause par tout inculpé. Il s'agit donc de l'appel formé contre la mise en liberté provisoire sur demande et non de la mise en liberté provisoire de droit, non plus que de celle octroyée d'office par le juge. Pour cette dernière, on pouvait en douter sous l'empire de la loi de 1935. L'appel y était, en effet, prévu dans l'article 117, avant dernier alinéa, alors que l'alinéa premier prévoyait à la fois la mise en liberté provisoire sur demande et celle accordée d'office par le juge. Mais l'article 94 était particulièrement net : « l'ordonnance de mainlevée ne pourra être attaquée « par voie d'opposition » c'est-à-dire, d'après une terminologie qui a longtemps prévalu, par voie d'appel.

L'ordonnance de mainlevée n'était qu'un acte d'instruction donc insusceptible de voies de recours juridictionnelles. Au contraire, l'appel doit être admis en matière de mise en liberté de droit puisque l'article 119 se rapporte aux articles du chapitre relatifs à la liberté provisoire et au cautionnement. Il serait incompréhensible qu'il en fût autrement. Nous avons vu qu'en pratique le juge d'instruction rend une ordonnance de mise en liberté même en cas de liberté de droit. C'est de cette ordonnance qu'il sera fait appel.

145. — A première vue, l'article 119 paraît admettre l'appel contre toute décision relative à la mise en liberté provisoire. La réalité est cependant tout autre. L'appel est en effet matériellement impossible dans certains cas. Nous avons vu que la juridiction à laquelle doit être adressée la demande de mise en liberté provisoire varie suivant la hauteur de la procédure à laquelle on se trouve. L'appel est-il possible quelle que soit la juridiction saisie ? Il n'y a pas de difficulté si l'on s'adresse au juge d'instruction ou au tribunal correctionnel. L'appel est alors porté respectivement devant la chambre des mises en accusation ou devant la chambre des appels correctionnels. Mais qu'arrive-t-il si l'on doit adresser sa demande à la chambre des mises, à la chambre des appels correctionnels, ou à la cour d'assises ? Juridiquement, l'article 119 habilite bien le détenu à faire appel, mais il y a impossibilité puisqu'il n'y a pas de tribunal qui puisse en connaître. Chambre des mises, chambre des appels correctionnels ou cour d'assises n'ont au-dessus d'elles que la Cour de Cassation. Celle-ci ne peut juger qu'en droit. L'appel est donc irréalisable et seul est recevable un pourvoi en cassation. Il serait souhaitable qu'une réglementation intervînt sur ce point et introduisît en cette matière un appel possible. A défaut de cette intervention on pourrait concevoir que la jurisprudence de la cour de cassation s'orientât d'une manière analogue à celle qu'elle a suivie en matière du contentieux de l'enregistrement où l'appel n'est pas

possible. La Cour suprême accepte alors de juger les faits. En tout cas, à l'heure actuelle, la solution est certaine. Il n'y a pas d'appel possible dans certains cas nonobstant les termes généraux de l'art. 119.

146. — L'article 119 rend à la partie civile, le droit d'appel en matière de liberté provisoire, droit qui lui avait été enlevé par la loi de 1933, suivie en cela par la loi de 1935. C'est du moins l'interprétation qui avait été donnée à ces lois. A notre sens, cette interprétation n'était pas tout à fait fondée ou, plus exactement, pas toujours fondée. En effet, l'article 135 contenait toujours la formule générale :

« Le droit d'appel appartiendra à la partie civile... 2° contre toute ordonnance faisant grief à « ses intérêts civils. »

Or, nous savons que la mise en liberté provisoire pouvait ne pas être pure et simple et être subordonnée à un cautionnement dont une partie garantissait les frais avancés par la partie civile. Donc, toutes les fois, et c'était la grande majorité des cas, que la liberté provisoire était accordée sans cautionnement une analyse juridique exacte aurait dû permettre à la partie civile de se pourvoir contre l'ordonnance qui l'accordait. Ce n'était cependant pas la solution jurisprudentielle qui, dans tous les cas, refusait à la partie civile le droit d'appel.

Le décret-loi de 1939 lui rend ce droit. On peut se demander s'il était opportun de revenir sur ce

point à la solution de 1865. C'est en effet une réforme unanimement critiquée par la pratique. Elle alourdit considérablement la marche de la procédure : à la notification de la demande de mise en liberté provisoire qui doit être faite à la partie civile, s'ajoute dorénavant une notification de l'ordonnance ou du jugement accordant la mise en liberté. Il est, de plus, assez choquant d'admettre l'ingérance de la partie civile dans une matière qui concerne uniquement la juridiction répressive. Que le corps de l'inculpé « soit le gage de la justice », suivant l'expression de Muiard de Vouglans, c'est logique, mais que l'on ait tendance à le considérer aussi comme le gage de la partie civile, c'est parfaitement inadmissible. On revient en quelque sorte à la notion de justice privée, dont nous avons mis des siècles à nous dégager et que l'on pouvait croire bannie pour toujours.

En pratique, l'appel de la partie civile est rare. Dans la majorité des cas, la partie civile se sert de son droit comme d'une matière d'échange. Elle s'entend avec l'inculpé et y renonce moyennant un paiement immédiat en espèces ou tout au moins une garantie de paiement. Ce marché, tout à fait illégal, est vu d'un œil favorable par le magistrat instructeur dont la procédure s'allège d'autant.

147. — Dans le silence du Code d'Instruction criminelle, la jurisprudence avait accordé, selon le

droit commun, le droit d'appel contre l'ordonnance statuant sur une demande de mise en liberté provisoire. Notamment, le délai d'appel était celui du droit commun. La loi du 14 juillet 1865 avait entériné cette jurisprudence, mais avait réduit le délai d'appel à 24 heures. Le procureur général jouissait d'un délai de 10 jours, avec cette seule restriction que ce délai n'était pas suspensif. Ce délai a été conservé successivement par les lois de 1933 et 1935 et le décret-loi de 1939. On comprend sans peine la nécessité de la brièveté de ce délai d'appel. Il ne faut pas que l'incertitude pèse trop longtemps sur le maintien en liberté d'un détenu libéré. D'autre part, ministère public, partie civile et inculpé sont parfaitement au courant de tous les faits qui militent en faveur d'un détenu ou contre lui. Il ne leur est donc pas nécessaire d'avoir un délai important pour réfléchir sur l'opportunité ou l'inopportunité d'un appel.

148. — Remarquons que l'article 119 ne prévoit pas de notification de l'appel au détenu ; ce n'est donc une obligation ni pour la partie civile ni pour le ministère public. En pratique, néanmoins, lorsque le ministère public fait appel, il le fait toujours savoir au détenu.

149. — L'article 119 précise que l'appel sera consigné sur un registre tenu au greffe à cet effet. C'est ici la seule allusion qui soit faite à la forme

de l'appel. L'article 135 qui prévoit en détail les appels des ordonnances du juge d'instruction ne traite pas de la forme de ces appels. Il nous semble raisonnable d'étendre à l'article 135 cette disposition de l'article 119. L'article 135, rédaction 1935, prévoyait la déclaration au greffe du tribunal, mais on admettait aussi des formes équivalentes telles qu'une signification au parquet et à l'inculpé (J. Magnol, Commentaire de la Loi du 25 mars 1935). Il est douteux qu'une telle interprétation survive avec la nouvelle rédaction de l'article 119.

150. — Enfin, il est un paragraphe de l'article 135 qui, malgré sa place, a une portée générale, semble-t-il, c'est-à-dire, qui s'applique aussi bien à l'appel d'une ordonnance du juge d'instruction que d'un jugement du tribunal correctionnel : c'est le § 8 qui traite de l'effet suspensif de l'appel et même du délai d'appel, du moins quand il ne s'agit pas du délai du procureur général qui n'a pas d'influence sur l'exécution provisoire (art. 135, § 11). On pourrait sérieusement douter de cette extension de l'alinéa 8 de l'article 135. Il est en effet, au milieu de textes relatifs exclusivement à l'appel des ordonnances du juge d'instruction. Il serait normal qu'il s'appliquât à elles seules. On ne peut démontrer positivement qu'il s'applique en même temps au jugement d'un tribunal correctionnel statuant sur une demande de mise en liberté provisoire. Ce que l'on peut dire c'est que rationnellement il n'y a aucun

argument pour limiter la portée de ce paragraphe aux appels des ordonnances du juge d'instruction. « Le prévenu détenu gardera prison jusqu'à ... ». On ne comprendrait pas que ce texte ne s'appliquât pas lorsque le tribunal correctionnel est saisi. Le raisonnement est évidemment faible au point de vue juridique ; il ne nous en semble pas moins convainquant. Il serait tout de même plus satisfaisant pour l'esprit que le paragraphe 8 de l'article 135 fasse partie de l'article 119.

151. — La nouvelle rédaction contient une amélioration sur celle de 1935. Cette loi abandonnait la rédaction antérieure à laquelle nous revenons et déclarait que le prévenu garderait prison jusqu'à l'expiration du délai du procureur de la République. C'était une disposition qui pouvait être gênante lorsque le délai d'appel du procureur de la République ne coïncidait pas avec celui de la partie civile. Le point de départ de ces deux délais n'est pas en effet forcément le même : il court du jour de l'ordonnance pour le procureur de la République et du jour de la notification pour la partie civile. Dans un but de simplification, le décret-loi de 1939 a repris la formule générale :

« Jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'appel et
« en tout cas jusqu'à l'expiration du délai d'appel. »

L'effet suspensif ne se produit pas pour le délai du procureur général. C'est normal puisqu'il est beaucoup plus long (art. 135, § 10).

152. — Etudier la procédure de cet appel quand il s'agit de l'appel d'un jugement du tribunal correctionnel relatif à une demande de mise en liberté provisoire, n'entre pas dans le cadre de notre étude qui n'est consacrée qu'aux modifications apportées à la détention préventive par le décret-loi de 1939. Pour la même raison, nous n'étudierons la nouvelle réglementation de l'article 135 qu'en ce qu'elle touche aux ordonnances du juge d'instruction relatives à la mise en liberté provisoire.

§ 2. — *L'article 135 du Code d'Instruction
criminelle*

153. — Les cinq premiers paragraphes de l'article 135 ne retiendront guère notre attention. Ainsi l'alinéa 2 qui mentionne parmi les ordonnances dont la partie civile peut faire appel celle prévue dans l'article 114, n'est qu'une répétition pour le point qui nous intéresse de l'article 119. On pourrait penser, en lisant cet alinéa, que la partie civile ne peut faire appel de l'ordonnance de mise en liberté provisoire que vu sous l'angle du cautionnement, autrement dit qu'elle ne disposerait par l'appel que de la faculté de demander une augmentation du cautionnement et non la réformation pure et simple de l'ordonnance. C'est ce qui semble résulter du renvoi par l'alinéa 2 de l'article 114 et du fait que l'alinéa 2 in fine semble faire une espèce de syn-

thèse des diverses ordonnances qu'il vient d'énumérer. Ce serait cependant à notre sens une interprétation erronée. Il ne faut pas perdre de vue qu'avant l'article 135 nous avons l'article 119 plus général, devant lequel l'article 135 doit s'incliner. Il est hors de doute, nous l'avons vu, que l'article 119 rende à la partie civile le droit d'appel qu'elle s'était vu retirer. Il faut remarquer en plus que l'alinéa 3 renvoie également à l'ordonnance rendue en vertu de l'article 114. On ne peut cependant contester que l'inculpé puisse faire appel d'une ordonnance refusant sa mise en liberté provisoire, abstraction faite de toute idée de cautionnement. Ce que l'on peut dire, c'est que les alinéas 2 et 3 sont mal rédigés et qu'un renvoi à l'article 113 ou 116 aurait été plus heureux.

154. — L'alinéa 4 de l'article 135 reprend ce que l'alinéa premier de l'article 119 avait édicté. Il précise le point de départ du délai d'appel que l'article 119 avait englobé sous le nom de notification : pour la partie civile, le point de départ est la signification qui lui est faite au domicile qu'elle a élu dans le lieu où siège le tribunal ; pour le détenu, c'est la communication de l'ordonnance qui lui est faite par le greffier. L'alinéa 5 précise les délais de cette signification et de cette communication :

« La signification et la communication prescrites par le paragraphe précédent seront faites dans les 24 heures de la date de l'ordonnance. »

Cette prescription, il faut le remarquer, n'est assortie d'aucune sanction.

155. — Au contraire, infiniment plus intéressants sont les alinéas 6 et 7 de l'article 135, qui consacrent l'unification de la procédure de la chambre des mises en accusation. C'est la dernière question qui nous reste à examiner.

156. — Sous l'empire du Code de 1808, la chambre des mises n'avait que deux attributions : juridiction d'instruction du deuxième degré et juridiction d'appel contre les ordonnances du juge d'instruction statuant sur une demande de mise en liberté provisoire. La procédure était unique : c'était une procédure secrète, écrite et non contradictoire. Peu à peu par la suite, le rôle de la chambre des mises se multiplia : réhabilitation judiciaire, extradition, certains recours en revision formés contre des condamnations prononcées par des tribunaux militaires. La procédure appliquée à chaque cas particulier n'est pas toujours identique : nous rencontrons soit la procédure contradictoire, soit la procédure non contradictoire.

Le système primitif non contradictoire reste de beaucoup le plus fréquent. La procédure contradictoire n'est admise à l'heure actuelle qu'en matière de réhabilitation judiciaire et en matière d'extradition. Il y aurait grand avantage dans la pratique à n'avoir qu'une seule procédure pour la

chambre des mises, soit contradictoire, soit non contradictoire. Les tendances libérales portent vers la première solution et l'on aurait pu croire en 1933 que l'on allait unifier la procédure de la chambre des mises en y introduisant partout la contradiction. En effet, la loi de 1933 l'instaura en matière d'appel des ordonnances du juge d'instruction et, plus particulièrement, dans le domaine qui nous occupe, en matière d'appel des ordonnances statuant sur la mise en liberté provisoire. Immédiatement des protestations s'élevèrent ; on fit valoir la lenteur inhérente à cette manière de procéder, les déplacements sans nombre des dossiers et de l'inculpé, etc. Aussi la loi de 1935 marque-t-elle déjà un pas en arrière : la procédure n'est contradictoire qu'éventuellement. Le décret-loi de 1939 revient au régime antérieur à 1933, la procédure est toujours non contradictoire.

157. — L'article 135, § 5, rédaction 1933, portait :

« La chambre des mises en accusation statuera, « toute affaire cessante, après avoir entendu le ministre public, l'inculpé et son conseil.

« Les pièces sont transmises selon qu'il est dit « à l'article 133. »

Ainsi, la procédure de la chambre des mises prenait un aspect tout à fait nouveau : elle était orale. Il y avait audition obligatoire du ministre public, de l'inculpé et de son conseil. Cela suppo-

sait le transfert éventuel de l'inculpé d'où une perte de temps considérable. Le dossier devait être entre les mains de la chambre des mises, la procédure devenait pour partie contradictoire. Alors qu'auparavant la cour statuait sur le simple vu des pièces, ici, l'inculpé, son conseil et le ministère public se faisaient entendre et faisaient valoir contradictoirement leurs raisons. En l'absence soit de l'inculpé, soit de la partie civile, la chambre des mises ne pouvait rendre qu'un arrêt par défaut et la partie absente pouvait faire opposition. Tout ce système se révéla immédiatement inapplicable à cause de la lenteur d'une telle procédure. Aussi, la loi de 1935 établit-elle un autre système revenant sur les réformes les plus outrancières.

158. — L'article 135, alinéa 7, rédaction 1935, était ainsi conçu :

« La chambre des mises, toute affaire cessante,
« après avoir entendu le rapport d'un conseiller,
« statuera immédiatement sur le vu des pièces ou
« ordonnera, avant de prononcer, soit la comparu-
« tion des parties, soit telle autre disposition pré-
« paratoire qu'elle jugera nécessaire. »

La procédure conserve son caractère d'oralité mais la contradiction disparaît si la chambre des mises le juge utile. Dans la pratique, c'est ce qui se produisait dans la plupart des cas. La chambre des mises avait la faculté d'ordonner la comparution

des parties, elle n'en avait plus l'obligation. Ce qui était encore plus nouveau, c'était le rapport du conseiller : lors d'un appel au sujet d'une demande de mise en liberté provisoire, un conseiller devait être désigné qui présentait un rapport sur l'état de l'instruction et concluait à la confirmation ou à l'infirmer de l'ordonnance. Ce système qui s'efforçait de rester à mi-chemin des deux solutions extrêmes, ne pouvait se maintenir.

159. — Le décret-loi de 1939 a complètement détruit ce système. Il est revenu purement et simplement au régime antérieur à 1933. Voici l'article 135, § 6 et 7 nouveau :

« L'appel sera porté devant la chambre des mises en accusation de la cour d'appel, qui statuera sur toute affaire cessante. Les pièces seront transmises ainsi qu'il est dit à l'article 133. »

Nous voilà donc revenus au système primitif. Il n'est plus question ni d'audition, même éventuelle, de l'inculpé, ni de rapport d'un conseiller. La procédure est redevenue ce qu'elle était : écrite, secrète, non contradictoire. L'article 135 nouveau ne prévoit aucune formalité spéciale. On en est revenu à la procédure de droit commun, expéditive et simplifiée. Le décret-loi de 1939, qui s'était mis sous le signe de la simplification, se devait d'intervenir ici. La procédure de la chambre des mises en notre matière est à nouveau réglée par les articles

217 et suivants du Code d'Instruction criminelle. Nous n'avons pas à l'étudier en détail. Ayant retrouvé ses caractères de procédure écrite, secrète et non contradictoire, il n'y a pas de discussion, il y a simplement lecture des pièces ou plutôt d'un rapport sur ces pièces fait par un conseiller. Puis, le ministère public et le greffier s'étant retirés, la délibération a lieu. Après quoi, la chambre des mises confirme l'ordonnance du juge d'instruction ou la réforme en ordonnant la mise en liberté du détenu.

Nous avons ainsi terminé l'étude de l'appel, voie de recours ordinaire. Il nous reste à étudier dans une deuxième section la voie de recours extraordinaire : le pourvoi en cassation.

SECTION II. — *Le pourvoi en cassation*

160. — A moins d'une disposition expresse de la loi, le pourvoi en cassation est toujours possible contre un jugement définitif. Le pourvoi en cassation était donc possible en matière de détention préventive, les lois successives réglementant la matière étant muettes sur ce point. Cependant, la loi de 1935, dans l'article 118, l'excluait formellement en matière de décision statuant sur le maintien de l'arrestation ou la mise en liberté provisoire. Il était anormal qu'en une matière aussi grave que celle de la liberté individuelle, on refusât tout contrôle à la cour suprême. Pour justifier cette disposition, on faisait remarquer que ces décisions ne soulevaient guère que des questions de fait et que les pourvois n'étaient formés le plus souvent que dans un but dilatoire (M. Magnol, commentaire de la loi du 25 mars 1935). La première raison était franchement mauvaise : s'il s'agit effectivement de question de fait, la cour de cassation se déclarera incompétente, et cela ne justifie en aucune manière la prétention de lui enlever toute connaissance en cette matière. Quant à l'autre raison, elle ne vaut guère mieux. Nous avons vu en effet, que si un détenu veut user de moyens dilatoires, il a à sa disposition la faculté

de former à tout moment une demande de mise en liberté provisoire puis, sur refus, d'en faire appel. Nous avons vu que c'était une hypothèse théorique et que les détenus faisaient déjà rarement usage de l'appel, jamais de la possibilité de renouveler une demande rejetée.

161. — Cette suppression du pourvoi, déjà critiquable lorsque les appels étaient possibles, l'était encore bien davantage lorsque la décision relative à la détention préventive émanait de la chambre des appels correctionnels, de la cour d'assises ou de la chambre des mises en accusation ; nous avons vu que dans ces hypothèses, l'appel n'était pas possible. En supprimant le pourvoi en cassation on supprime toute voie de recours dans une matière où une telle attitude est vraiment dangereuse.

162. — Devant toutes ces considérations, la suppression du pourvoi ne pouvait se maintenir et c'est pourquoi le décret-loi de 1939 n'a pas conservé le dernier alinéa de l'article 118, rédaction 1935. Le pourvoi en cassation a retrouvé la place qu'il avait perdue. Il n'y a pas de délais spéciaux prévus pour ce pourvoi. Il faut donc s'en référer au droit commun, c'est-à-dire au délai de trois jours prévu par l'article 373 du Code d'Instruction criminelle.

163. — Ce rétablissement du pourvoi n'a pas en réalité toute l'importance que l'on serait tenté

de lui attribuer. En effet, le pourvoi en cassation était en cette matière inconnu de la pratique avant 1935. Il l'est resté depuis le 18 novembre 1939. C'est, si l'on peut dire, une raison de plus pour approuver sa réapparition.

CONCLUSION

164. — Nous voici parvenus au terme de notre étude. La théorie générale de la détention préventive nous a montré que la notion de nécessité n'entre que pour une faible part dans le fondement de la détention préventive. Parti de cette idée, nous avons pu étudier le régime actuel tel qu'il résulte du décret-loi de 1939 en nous plaçant non au point de vue du fait mais au point de vue du droit. Autrement dit, nous n'avons pas pris comme idée directrice celle qui consisterait à restreindre le plus possible, tout en le maintenant dans les limites du texte, le champ de la détention préventive.

Il nous reste à porter un jugement sur l'ensemble de cette institution.

165. — Une remarque s'impose tout d'abord : c'est que le décret-loi de 1939 n'a soulevé aucune critique d'aucun côté, non plus du reste qu'aucune approbation. Pour expliquer cette attitude, il faut tenir compte de la situation présente ; une réforme de la détention préventive, si profonde soit-elle, paraît bien peu de choses en comparaison des événements de toutes sortes qui se déroulent à une ca-

dence accélérée. Que représente la liberté de quelques individus, souvent peu intéressants, pendant quelques jours au regard des innombrables misères actuelles ? La réforme de la détention préventive n'est, en somme, qu'une des très nombreuses mesures qui restreignent aujourd'hui la liberté individuelle. Elle offre cependant cette particularité, comme nous le remarquons au début de l'étude du décret-loi, sinon d'être définitive, du moins de devoir survivre à notre époque troublée et de contenir une réforme durable. Toujours est-il que nous ne pouvons induire, du fait du manque de protestations, aucun argument en faveur du régime actuel de la détention préventive.

166. — Tout au long de notre étude, nous avons pu remarquer les nombreux emprunts faits à la législation de 1865. Le législateur de 1939 a pris comme base de sa réforme la loi du 14 juillet 1865 et l'a reproduite quasi-textuellement, quitte même à revenir sur certaines améliorations de rédaction introduites par les lois ultérieures. Nous avons vu par exemple que l'article 119, rédaction 1935, a été redivisé en deux articles, les articles 115 et 125, ce qui remet l'article 125 à une place tout à fait illogique.

167. — Cette loi de 1865 avait subi l'épreuve de temps et ses principaux défauts étaient apparus à la longue. Par exemple, des difficultés avaient surgi sur le point de savoir à quelle juridiction il fal-

lait adresser une demande de mise en liberté provisoire dans certains cas que la loi de 1865 avait omis de préciser. La jurisprudence avait comblé ces lacunes. Les lois de 1933 et 1935 en avaient tenu compte et le législateur de 1939 n'a eu qu'à reproduire ces améliorations en les ajoutant au texte de 1865. Ce n'est que sur certains points tout à fait de détail que le décret-loi de 1939 a fait, à proprement parler, des innovations. C'est le cas, par exemple, du nouvel aménagement donné au cautionnement, qui se trouve actuellement affecté aux dommages-intérêts.

168. — C'est ce qui explique le peu de difficultés d'interprétation que l'on rencontre dans la pratique. La pratique est satisfaite du décret-loi de 1939 ; elle n'a vu dans les lois de 1933 et 1935 que des réformes gênantes mais éphémères ; c'est avec un réel soulagement qu'elle a vu le retour aux solutions de 1865. En particulier les juges d'instruction n'ont senti des lois de 1933 et 1935 que les formalités alourdissant l'instruction, la faisant traîner en longueur et permettant ainsi aux inculpés les plus dangereux de se soustraire à l'action de la justice. Un seul point du régime actuel de la détention préventive est unanimement critiqué par les cabinets d'instruction : c'est le droit d'appel de la partie civile qui ralentit considérablement la marche de la procédure. Nous avons déjà critiqué ce droit et nous n'avons pas à y revenir.

169. — En somme, par une suite d'additions et de perfectionnements apportés à la loi de 1865, on est arrivé peu à peu à un mécanisme de la détention préventive qui fonctionne sans accroc, qui est facilement maniable et particulièrement souple. Du point de vue technique, le système actuel de la détention préventive est excellent. Mais il faut aller plus loin et porter un jugement sur le principe même de la détention préventive.

170. — Nous avons vu qu'elle est une peine résultant d'un jugement. Mais on doit se demander si ce jugement est entouré de toutes les garanties voulues. Trop souvent les juges d'instruction ont tendance, par la force de l'habitude, à considérer comme coupable un individu que la gendarmerie lui livre et qui, après un interrogatoire plus ou moins violent, a généralement avoué tout ce qu'on lui a demandé. Un inculpé n'est pas à égalité avec un inspecteur de police quand celui-ci accuse et celui-là se défend. Le jugement condamnant à la détention préventive n'est pas entouré d'assez de garanties. C'est particulièrement net lorsqu'un détenu possède un casier judiciaire qui n'est plus vierge. Les juges d'instruction, alors, refusent presque systématiquement la liberté provisoire, sans examiner la cause avec une impartialité suffisante.

Cette situation, qui peut paraître nécessaire, indispensable, dans les circonstances actuelles, ne devrait pas, à notre avis, leur survivre. Des garanties

plus réelles que la simple possibilité de demander la mise en liberté provisoire devraient entourer la détention préventive. Il faudrait restreindre son champ d'application ou même l'exclure entièrement dans certains cas. Le critère du maximum de 2 ans encourus pour être mis en liberté au bout de cinq jours est trop absolu, trop primitif pour être juste. Une infraction passible d'une peine inférieure à deux ans d'emprisonnement peut révéler un délinquant plus coupable qu'un autre dont le délit est passible d'une peine plus forte. C'est ainsi que l'on comprend mal pourquoi l'homicide par imprudence est exclu du bénéfice de cette mise en liberté, alors qu'un délit comme la violation du secret professionnel peut en profiter. Il ne faudrait pas cependant retomber dans les erreurs de 1933 et paralyser dans certains cas l'instruction ; il y a là à résoudre un problème de limite, de mesure, ce sera la tâche du législateur de demain.

Vu : Le Doyen,
G. RIPERT.

Vu : Le Président,
L. HUGUENEY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
Gilbert GIDEL.

BIBLIOGRAPHIE

I. — *Ouvrages généraux et articles de revues*

ANGELY. — Revue pénitentiaire et de droit pénal (janvier-juillet 1933). Loi du 7 février 1933 sur les garanties de la liberté individuelle.

BOYER. — La liberté individuelle sous l'ancien régime. Faculté de droit de Toulouse, 1933.

BRETHE DE LA GRESSAYE. — La liberté individuelle et le procès criminel. Faculté de droit de Toulouse, 1933.

BRUN. — La semaine juridique, 1^{er} octobre 1933. La nouvelle loi sur la liberté individuelle considérée du cabinet d'instruction.

CARBONNIER. — Instruction criminelle et liberté individuelle. Paris 1939.

Compte général de l'administration de la justice criminelle. Imprimerie nationale.

DONNEDIEU DE VABRES. — Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée. Sirey 1939. Supplément 1940.

DUTRUC. — Code de la détention préventive. Cossé et Marchal, 1866.

ESMEIN. — Histoire de la procédure criminelle en France depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours. Paris 1882.

GABOLDE. — Commentaires de la loi du 7 février 1933. Paris, Pédone 1933.

— Manuel dictionnaire des juges d'instruction. Paris, Pédone, 1936 à 1937.

GARRAUD. — Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale. Paris, Sirey 1907-1929, 6 volumes.

GOYET. — Les lois nouvelles (1^{er} mai, 15 mai, 1^{er} juin). Commentaires sur la loi du 7 février 1933.

HELIE (Faustin). — Traité de l'instruction criminelle, 2^e éd. Paris 1866, 1867. 8 volumes.

HUGUENEY. — Le décret-loi du 18 novembre 1939 sur la mise en liberté provisoire et l'appel des ordonnances du juge d'instruction. (Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1940).

LE POITTEVIN. — Dictionnaire formulaire des Parquets et de la police judiciaire. Paris 1928. Supplément mis à jour, juillet 1933, par L. SAINT LAURENS, Paris 1933.

MAGNOL. — Commentaire de la loi du 25 mars 1935. Paris 1935.

ROUX. — Cours de droit criminel français. 2 volumes, 2^e éd. 1927.

VIDAL et MAGNOL. — Cours de droit criminel et de science pénitentiaire. 8^e édition. Paris, Rousseau, 1935.

II. — Thèses

BRUGÈRE. — La procédure de la Chambre des mises en accusation. Paris, 1941.

DANIEL. — La mise en liberté provisoire et la loi du 7 février 1933. Paris, 1934.

FLAMAND. — De la détention préventive et de la liberté provisoire en droit français. Paris, 1877.

JAMAIS. — La procédure préparatoire en droit Romain et en droit Français. Paris 1881.

LOISON. — Du contrat de liberté sur parole, 1904, Paris.

MARTIN. — Détention préventive et liberté individuelle. Etude sur la loi du 25 mars 1935. Paris 1935.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	N ^{os}	PAGES
<i>Définition de la détention préventive.....</i>	—	5
<i>Données statistiques</i>	2	5
<i>Plan</i>	6	7

PREMIÈRE PARTIE

Essai d'une théorie générale de la détention préventive

<i>Critique de la théorie classique</i>	II	II
---	----	----

<i>CHAPITRE PREMIER. — La détention préven- tive résulte d'un jugement.....</i>		15
---	--	----

<i>SECTION I. — LES ÉLÉMENTS DE CE JUGEMENT..</i>	16	16
---	----	----

<i>§ 1. L'infraction dont on recherche l'au- teur</i>	17	17
---	----	----

<i>§ 2. Les charges pesant sur le prévenu.,</i>	18	18
---	----	----

<i>§ 3. La moralité du prévenu</i>	20	20
--	----	----

<i>A) Le danger de fuite</i>	21	21
--	----	----

<i>B) Le danger de collusion</i>	23	23
--	----	----

<i>C) L'état plus ou moins dangereux du prévenu</i>	25	26
---	----	----

<i>§ 4. Le trouble social et la satisfaction ré- clamée par l'opinion publique</i>	27	27
--	----	----

	N ^{os}	PAGES
SECTION II. — LE JUGEMENT	29	30
§ 1. <i>Le jugement lui-même. Délivrance du mandat</i>	30	30
§ 2. <i>Les voies de recours</i>	31	31
SECTION III. — CARACTÈRES SPÉCIAUX DE CE JU- GEMENT	34	35
§ 1. <i>Il est rendu par un juge unique</i>	35	36
§ 2. <i>Il ne préjuge pas de l'issue du procès</i>	36	37
§ 3. <i>Il est essentiellement provisoire</i>	37	39
§ 4. <i>Il comporte de grandes chances d'er- reur</i>	40	42
CHAPITRE II. — <i>La peine infligée par ce juge- ment : la détention préventive</i>		45
SECTION I. — EN QUOI CONSISTE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE	42	46
SECTION II. — C'EST UNE PEINE TRÈS DURE....	45	51
§ 1. <i>Rupture de l'équilibre contre l'inté- rêt de la défense</i>	46	51
§ 2. <i>Risque d'influence des juges du fond</i>	47	52
§ 3. <i>Risque d'être une peine injuste</i>	48	53
CONCLUSION	49	54

DEUXIÈME PARTIE

Le Régime actuel

	N ^{os}	PAGES
INTRODUCTION HISTORIQUE	—	57
Généralités	51	57
Droit Romain	54	58
La Gaule primitive	57	59
Les cours féodales	59	59
Le XIV ^e Siècle	60	60
L'Ordonnance de Montil-les-Tours (1498)....	62	60
L'Ordonnance de Villers-Cotterêts (1538) et l'Ordonnance criminelle de 1670	63	61
Le XVIII ^e Siècle	66	62
L'Œuvre révolutionnaire	67	62
LE DÉCRET-LOI DU 18 NOVEMBRE 1939.....		65
Le rapport annexé au décret-loi.....	76	66
Ce décret-loi est-il une mesure de circonstance ou une mesure définitive ?.....	77	67
CHAPITRE PREMIER. — Durée indéfinie de la détention préventive		71
SECTION I. — LOIS ANTÉRIEURES AU DÉCRET-LOI DE 1939		71
§ 1. Le Code d'Instruction criminelle....	82	71
§ 2. La loi du 14 juillet 1865.....	84	73
§ 3. La loi du 7 février 1933.....	86	74
§ 4. La loi du 25 mars 1935.....	88	76
SECTION II. — LE DÉCRET-LOI DE 1939.....		78
§ 1. Le principe	90	78
§ 2. La mise en liberté de droit au bout de cinq jours	91	78
— condition de domicile	92	80
— condition de non-récidive	93	80
— une ordonnance du juge d'instruc- tion est-elle nécessaire ?	95	82

	N ^{os}	PAGES
CHAPITRE II. — <i>La demande de mise en liberté provisoire</i>		85
SECTION I. — L'ÉVOLUTION GÉNÉRALE.....		85
§ 1. <i>Le Code d'Instruction criminelle</i>	98	85
§ 2. <i>La loi de 1865 et les lois suivantes</i> ..	100	86
SECTION II. — LE DÉCRET-LOI DE 1939.....		89
Remarque préliminaire : rareté des difficultés à cet égard	103	89
§ 1. <i>Le principe</i>	105	90
§ 2. <i>Les conditions</i>	110	92
A) Election de domicile	111	93
B) Engagement du détenu	112	93
C) Le cautionnement	113	94
§ 3. <i>La demande de mise en liberté provisoire</i>		97
A) Quand peut-on faire la demande ?	119	98
B) A qui doit-on la faire ?	121	99
§ 4. <i>Réincarcération du détenu libéré</i> ..	125	104
§ 5. <i>Renouvellement de la demande de mise en liberté provisoire</i>	134	111
CHAPITRE III. — <i>Mise en liberté d'office</i>		115
Le contre-coup du décret-loi de 1939.....	135	115
Peut-elle être subordonnée à un cautionnement ?	138	117
CHAPITRE IV. — <i>Les voies de recours</i>		119
Absence de l'opposition	141	120
SECTION I. — L'APPEL		121
§ 1. <i>L'article 119</i>	143	121
L'appel n'est pas toujours possible....	145	123
Droit d'appel de la partie civile.....	146	124
Délais	147	125
Effet suspensif de l'appel et de son délai	150	127

	N ^{os}	PAGES
	—	—
§ 2. <i>L'article 135</i>	153	129
<i>Les cinq premiers alinéas</i>	153	129
<i>L'unification de la procédure de la</i> <i>Chambre des mises en accusation....</i>	155	131
SECTION II. — <i>LE POURVOI EN CASSATION.....</i>	160	136

CONCLUSION

<i>Le silence fait autour du décret-loi de 1939..</i>	165	139
<i>Les emprunts faits à la législation antérieure..</i>	166	140
<i>Vers un avenir meilleur.....</i>	170	142
BIBLIOGRAPHIE		145

